

بجاءفع المقتصد
في شرح القواعد

تأليف

المحقق الثاني

الشيخ علي بن الحسين الكركي

السنة ٩٤٠ هـ

لجنة المطبعات

مطبعة

بمطبعة دار الحديث في بيروت



مرکز تحقیقات کلامی و فقهی اسلامی

بجایف المقتصد

فی سبیل العلم



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

جَنَائِعُ الْمُفْتَاضِلِ

فِي شَرْحِ الْقَوَاعِدِ



تأليف

مركز تحقيقات كليات علوم إسلامي

المحقق الثاني

الشيخ علي بن الحسين الكردي

الوفاء سنة ٩٤٠ هـ

للجنة الدائمة

للمحقق

مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الثانية

١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

مركز تحقيقات كميوتور علوم إسلامي

مؤسسة آل البيت لإحياء التراث

بيروت - لبنان - ص ب ٢٤ / ٢٤ - تليفاكس ٥٤١٤٣١ - هاتف ٥٤٤٨٠٥

E-mail: alalbayat@inco.com.lb



تنبيه

النسخة المستبصرة التي اعتمدناها في تحقيقنا لكتاب القواعد
هي غير النسخة التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه
للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تحق على القارىء
اللبيب

كتاب الأمانات وتوابعها

وفيه مقاصد :

الأول: في الوديعة : وفيه فصول :

الأول: في حقيقتها : وهي عقد يفيد الاستئابة في الحفظ ، جائزة من الطرفين .

قوله : (كتاب الأمانات وتوابعها ، وفيه مقاصد :

الأول : الوديعة ، وفيه فصول :

الأول : في حقيقتها ، وهي عقد يفيد الاستئابة في الحفظ) .

نقص في طرده بالوكالة ، المتضمنة للاستئابة في الحفظ .

وجوابه : أن المراد من العقد ذلك ، وفي الوكالة الغرض بالقصد الأول الاستئابة في التصرف ، وما ثبت ضمناً فهو غير مقصود بالذات .

واعلم أن اللغة^(١) والعرف العامي يقتضيان أن الوديعة هي المال ، وعرف الشرع أنها العقد .

قوله : (جائزة من الطرفين) .

فاذا أراد المالك الاسترداد لم يكن للمستودع المنع ، ووجب عليه الدفع ، ولو أراد المستودع الرد لم يكن للمودع أن يمتنع من الأخذ ، لأنه متبرع بالحفظ ، ولو عزل المستودع نفسه ارتفعت الوديعة وبقي المال أمانة شرعية مطلقة في يده ، كالثوب الطائر في الهواء إلى داره .

(١) انظر: الصحاح (ردع) ٣ : ١٢٩٦ .

ولا بد فيها من إيجاب : هو كل لفظ دال على الاستتابة بأي عبارة كان ، وقبول ، فعلاً أو قولاً دالاً على الرضى ، ولا بد من صدورهما من مكلف جائز التصرف ، فلو استودع من صبي أو مجنون ضمن ، إلا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان ، ولا يبرأ بالرد إليهما في الصورتين بل إلى الولي .

وللشافعية قول بأنه لا ينعزل بالعزل بل يقع لغوا^(١) ، والأصل في ذلك أن الوديعة مجرد إذن أم عقد .

فعلى الأول يلغو العزل ، كما لو أذن له في تناول طعامه فرد الإذن ، فإن له الأكل بالإذن السابق .

وعلى الثاني : يرتفع العقد ويبقى المال أمانة يجب رده ، وإن لم يطلبه المالك ، فإن آخر متمكناً ضمن ، ذكر ذلك كله في التذكرة^(٢) .

قوله : (ولا بد فيها من إيجاب ، وهو : كل لفظ دال على الاستتابة بأي عبارة) .

ولا يختص بلغة دون أخرى ، ولا يفتر إلى التصريح ، بل يكفي التلويح والإشارة .

قوله : (إلا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان) .

لأنه محسن (وما على المحسنين من سبيل)^(٣) . ويحتمل ضعيفاً الضمان ، لأنه استولى على مال غيره بغير إذن ، ويرده أن الإذن ثابت بالشرع ، فإن ذلك من الأمور الحسبية .

قوله : (ولا يبرأ بالرد إليهما في الصورتين) .

(١) المجموع ١٤ : ١٧٦ وفيه : ففي حالة عزل الوديع نفسه يرد الوديعة إلى ربه .

(٢) التذكرة ٢ : ١٩٧ .

(٣) التوبة : ٩١ .

ولا يصح أن يستودعها ، فإن أودعها لم يضمن بالإهمال ، أما لو أكلها الصبي أو أتلّفها فالأقرب الضمان .

هما صورتنا الأخذ من الصبي والمجنون ؛ لخوف التلف وعدمه .

قوله : (أما لو أكلها الصبي أو أتلّفها ، فالأقرب الضمان) .

وجه القرب : أن الإتلاف سبب الضمان . ويحتمل العلم ، لأن المالك قد سلطه عليها فكان سبباً ، والمباشر ضعيف . وكذا الحكم في المجنون . واختار في التذكرة^(١) ما اختاره هنا ، وهو قول ابن إدريس^(٢) .

والحق أن يقال : إن الصبي إذا كان مميزاً يضمن بالإتلاف قطعاً ، لوجود المقتضي وانتفاء المانع ، إذ ليس إلا كونه غير بالغ ، وذلك لا يصلح للمانعية ، خصوصاً المراهق ، فإنه كالبالغ في فعله وقصد وركون الناس إليه ، نعم لا يضمن بالتقصير ، لعدم وجوب الحفظ عليه .

فإن قيل : إذا تلفت في يده بالتقصير يجب أن يضمن ، لعدم : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٣) ولهذا لو وضع يده عدواناً فتلفت العين في يده يضمن .

قلنا : يمكن أن يُفرّق بين وضع يده عدواناً ، وبين ما إذا كان الوضع باذن المالك وتسليطه ، إذ لا عدوان وهو ظاهر ، ولا تقصير لعدم وجوب الحفظ عليه حيثل .

أما إذا كان غير مميز ، أو كان مجنوناً ففي ثبوت الضمان في مالهما بالإتلاف التردد ، وليس يبعد القول بالضمان ، لوجود المقتضي وهو الاتلاف ،

(١) التذكرة ٢ : ١٩٧ .

(٢) للرائر : ٢٦٥ .

(٣) سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ ، مستد أحمد ٥ : ١٢ ، وغيرهما .

ولو استودع العبد فأتلف فالأقرب أنه يتبع بها بعد العتق ، ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ إذا لم يقبلها ، وكذا لو أكره على قبضها ولا

ولا مانع إلا تسليط المالك إياهما ، وهو غير صالح للمانة ، لأنه لم يسلطهما على الإتلاف ، بل أراد منهما الحفظ .

غاية ما في الباب أنه لعدم صلاحتهما للحفظ عرض ماله للإتلاف ، وهذا القدر غير كاف في سقوط الضمان عن متلفهما ، وإنما قلنا أنه لا مانع إلا هذا ، لأنهما لو أتلفا المال بدون إيداع المالك بضمان قطعاً ، فاحصر المانع فيما ذكرناه ، وهذا القول قوي متين

قوله : (ولو استودع العبد فأتلف) فالأقرب أنه يتبع بها بعد العتق (

وجه القرب إنهما أتلفا العبد بغير إذن سيده لا يلزم السيد ، إذ لا تزر وازرة وزر أخرى^(١) ولا مال له لأنه مال لغيره ، فيجب أن يتبع به إذا صار مالكا ، وذلك إنما يكون بعد العتق .

ويحتمل تعلق الضمان (برقبته) وهو قول الشيخ في المبسوط ، لأنه قال . إن غلبنا الجناية تعلق الضمان برقبته^(٢) .

ويحتمل تعلق الضمان^(٣) بكسبه إذا أذن له المولى في قبول الوديعة ، لأن الإذن في الشيء إذن في توافعه ، ومن جملتها الضمان عند الإتلاف ، وحكاها الشارح قولاً^(٤) .

والأصح أنه يتبع بها ، سواء أذن المولى أم لا ، إذا لم يكن الإتلاف باذنه ، لأن الإذن في قبول الوديعة إذن في الحفظ ، ولا يدل على الإذن في

(١) الأنعام : ١٦٤

(٢) المبسوط : ٤ : ١٤٧ .

(٣) ما بين القوسين لم يرد في ٤٣٥ .

(٤) إيضاح الفوائد : ٦ : ١١٤ .

يضمن لو تلف وإن أهمل ، أما لو استودع مختاراً فإنه يجب عليه الحفظ .
وتبطل بموت كل واحد منهما ، وتحنونه ، واغمائه ، ويعرله عن نفسه .

وإذا انفسخت بقيت أمانة شرعية في يده ، فلا يقبل قوله في الرد كالشوب تطيره الريح الى داره يجب عليه إعلام صاحبه به ، فإن آخر متمكناً ضمن .

الإتلاف بشيء من الدلالات ، والأصل براءة الذمة ، ولعموم : ﴿ولا تزرز وازرة وزر أخرى﴾^(١) . وأما إذا أدن السيد في الإتلاف فأتلف ، فإن الضمان يتعلق به ، إذ لا ذمة للعبد ، هذا حكم ما إذا أتلف .

أما إذا قصر في الحفظ فلا يحلوا : إما أن يكون قبول الوديعة بادن السيد ، أو بدون إذنه ، فإن كان بدون الإذن فلا شيء عليه لو تلفت ، لعدم حوار قولها وعدم وجوب الحفظ عليه ، وتصحيح المال من المالك ، وإن كان باده فلا يحلوا : إما أن يكون التصحيح باده ولو يسمعه من الحفظ ، أو لا ، ففي الأول الضمان على المولى ، وفي الثاني الضمان على المد ويتبع به قوله : (أما لو استودع مختاراً فإنه يلزمه الحفظ) .

هل يستحق عليه أجرة؟ فيه نظر ، من أنه عمل محترم صدر من فاعله بالإذن ، ومن ابتناء الوديعة على التبرع ، ولأصل براءة الذمة ، فشغلها يتوقف على دليل

قوله : (ويجب عليه إعلام صاحبه به ، فإن آخر متمكناً ضمن) .

لأنه بوقوعه في داره قد دخل تحت يده ، ولما لم يكن ذلك بسعيه امتنع كونه ضامماً ، لكن يجب إعلام المالك على الفور ، لأن وصعه تحت يده بغير

الفصل الثاني: في موجبات الضمان : وينظمها شيء واحد : وهو التقصير وأسبابه ستة :

الأول: الانتفاع : فلو لس الثوب أو ركب الدابة ضمن ، إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقي ، أو يلبس لدفع الدود عند الحر . وكذا يضمن لو أخرج الدراهم من كيسها ليتصع بها وإن كان الكيس ملكه .

إذنه ، فيقتصر على الحكم بنفي ضمان على مقدار الضرورة .

قوله : (وينظمها شيء واحد هو التقصير ، وأسبابه ستة :

الأول : الانتفاع ، فلو لبس الثوب أو ركب الدابة ضمن ، إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقي) .

ذكر السقي على طريق التمثيل ، فإنه لو احتاج في أخذها إلى المرعى إلى ذلك جاز ، وكذا ما جرى هذا المجرى

في الصحاح : جمع الفرس جموحاً ، إذا أهوى فارسه وغلبه^(١)

قوله : (أو يلبس لدفع الدود عند الحر) .

فإن بعض الثياب وهو الصوف يفسده الدود في زمان الحر ، فلو لبس الثوب عند خوف الفساد بدونه لم يضمن ، بل قد يجب عليه اللبس ، لأن الحفظ واجب ، فيجب ما يتوقف عليه ، فلو أحل به ففسد ضمن ، إلا أن ينهيه المالك فلا ضمان عليه .

وهل يكون قد فعل حراماً؟ قال في التذكرة . فيه إشكال أقربه ذلك ، لأن إضاعة المال منهي عنها^(٢) ، وللمنظر فيه مجال .

قوله : (وإن كان الكيس ملكه وأعادها إليه) .

(١) الصحاح (جمع) ١ : ٣٦٠ وهـ . أو اعتز فارسه وغلبه .

(٢) التذكرة ٢ : ١٩٨ .

وأعادها إليه .

ولو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن ، بخلاف الملتقط الضامن بمجرد اليقظة ، لأن سبب أمانته مجرد اليقظة . وكذا لو جدد الإمساك لنفسه ، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع ،

لأن الإخراج بهذه النية تصرف يصير به ضامناً ، فإعادته إياها إلى موضعها لا ترجع أمانته .

قوله : (ولو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية ، لأن سبب أمانته مجرد النية) .

أي : لو أخذ المستودع الوديعة على قصد الحفظ ، ثم نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ ، فلم يحصل منه شيء يغير النية لم يضمن ، بخلاف الملتقط فإنه يضمن بمجرد نية ذلك .

والمرق : أن أمانة الملتقط إما تثبت بمجرد نية الأخذ للتعريف ، إذ لا استئمان من المالك ولا ممن يقوم مقامه ، وفي الوديعة الاستئمان من المالك ، فلا يزول بدون مخالفة ، ولا تتحقق المخالفة إلا بفعل^(١) يناهي الحفظ ، وهو التصرف ولم يحصل ، وفي التذكرة قال : في الضمان إشكال^(٢)

قوله : (وكذا لو جدد الإمساك لنفسه ، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع)

أي : وكذا يضمن ، فهو معطوف على ما قبل قوله : (ولو نوى الأخذ . .) وقد وقع قوله : (ولو نوى) موقع الاعتراض ، فكانه قال : وكذا يضمن لو أخرج الدراهم من كيسها ليتفحص بها لا إن نوى الأخذ ولم يأخذ ، بخلاف الملتقط إلى آخره .

(١) في «ق» : بقصد .

(٢) التذكرة ٢ : ١٩٨ .

وكذا لو أخرج الدابة من حرزها للانتفاع وإن لم ينتفع . ولا تعود أمانته لو ترك الخيانة ، فلورد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان .

والمراد . أنه لو أمسك للحفظ ، ثم جدد الإمساك لنفسه يضمن ، للتصرف المنافي للحفظ ، وكذا يضمن لو أخذها من أول الأمر من المالك على قصد الانتفاع ، إذا لم يقضها على سبيل الأمانة فلا يكون أمياً .

قوله : (وكذا لو أخرج الدابة من حرزها للانتفاع وإن لم ينتفع)
لأن الإخراج تصرف لغير الحفظ ، فيكون غير مأذون فيه .

قوله : (ولا تعود أمانته لو ترك الخيانة ، فلورد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان) :-

أي : لا تعود أمانته بعد صيرورته صاماً في المسائل كلها لو ترك الخيانة وعزم على الحفظ ، فلورد الوديعة إلى الحرز - إن كان قد أخرجها ، أو خلع الثوب إن كان قد لبسه - لم يبرأ بذلك ، لأنه قد صدر دايد عدوان ، فلا يبرأ إلا بالاستئمان من المالك .

ويتحقق الاستئمان : بأن يدفعها إلى المالك ، ثم يعيدها إليه أمانة ، ولو لم يدفعها إلى المالك لكن جدد له الاستئمان . بأن قال له : أذنت لك في حفظها ، أو أودعتكها ، أو استأمتك عليها ، أو أرائتك من ضمانها ونحو ذلك ، فهل تعود أمانته؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، واختاره في التذكرة (١) ، لأن التضمين لحق المالك وقد رضي بسقوطه .

ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن .

ولو أتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد ،
أو بعض الثوب .

ولو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه خاصة ،

والثاني : لا ، لعدم : « على اليد ما أحدثت حتى تؤدي »^(١)

ويرده القول بالمرجوب ، لأن الأداء يتحقق باستئانة المالك إياه ثانياً ،
فتصير يده كيد ، لأن يد النائب كيد المنيب ، ومختاره قوي ومثله . ما لو
حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ثم أراه المالك
ولو قال له المالك من أول الأمر : يستودعته ، فإن خست ثم تركت
الخبانة عدت أميناً ، لم يعد أميناً ، والفارق : ثبوت الضمان في الأول فيمكن
إسقاطه ، بخلاف الثاني ، ولأنه معلق

قوله : (ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن) .

لأنه تصرف غير مأذون فيه ، لا من المالك ولا من الشارع ، وللتعيب
بالشركة .

ولا فرق في ذلك بين المزج بأذن ، أو أعلى ، أو مساوٍ ، خلافاً لبعض
العامّة في الأخيرين .

قوله : (ولو أتلف بعض الوديعة لمتصل ضمن الباقي ، كما لو قطع
يد العبد أو بعض الثوب ، ولو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه
خاصة) .

الصور أربع ، لأن الإتلاف : إما عمداً ، أو خطأ ، وعلى التقديرين : إما

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦ ٩٥ ، سنن ابن ماجة ١٢ ٨٠٢ حديث ٢٤١٠ ، سنن الترمذي ٢

١٣٦٨ ، حديث ١٢٨٤ مسند أحمد ٥ : ٨ .

كما لو أخرج بعض الدراهم ، فإن أعادها بعينها ومزجها فكذلك .

ولو أعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع ،

لبعض متصل ، أو لبعض منفصل .

فإن أئلف عمداً لبعض متصل ضمن التالف والباقي ، لأن التصرف في المجموع فيضمنه ، كما لو قطع يد العبد أو أئلف بعض الثوب ، وجمع بين المثالين لينه على ما يكون لمقطوعه بعد الفطع قيمة وما لا قيمة له .

وإن كان خطأ ضمن التالف خاصة ، وهو أرش جنابة قطع يد وقطع الثوب ، لأن الباقي مملوك للمودع ، ولم يتحقق من المستودع خروج عن مقتضى الحفظ ، إذ الإتلاف خطأ إنما يكون بظنه ثوبه ، أو عده ، أو صدوره من غير قصد ونحو ذلك . ولا يكون ذلك خروجاً عن مقتضى الوديعة ، وثبوت الضمان عليه في التالف ليس لحياته ، بل لأن الإتلاف وجب للضمان عمداً وسهواً ، نعم لو سرت الجنابة على العبد ضمن وإن كان محطشاً ، لثبوت الإتلاف بعمله ، فيجب أن يقيد إطلاق العبارة .

ولو كان البعض منفصلاً لم يضمن ، سوى ذلك البعض ، عمداً كان الإتلاف أو سهواً ، لأن التصرف المتنافي للاستيداع إنما وقع في ذلك البعض خاصة ، وقول المصنف : (خاصة) يتعلق بالصور الثلاث ، وهي : ما إذا كان البعض منفصلاً ، أو مطلقاً ، أو المودع مخطئاً .

قوله : (كما لو أخرج بعض الدراهم ، فإن أعادها بعينها ومزجها فكذلك ، ولو أعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع)

الفرق : حصول الشركة باختلاط مال المستودع بمال آخر ، وهو عيب في الثاني بخلاف الأول ، لأن المثل وإن وجب على المستودع إلا أنه لا يملكه ، إلا أن يقبضه هو أو وكيله ، فهو باق على ملك المستودع ، فتحقق الشركة بخطله ، وفي الأولى إنما خلط مال المالك بماله ، فلا يضمن سوى ما تصرف فيه .

وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم سواء أخذ منه شيئاً أو لا ،
بخلاف ما لو ختمه هو . ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع
وإن اتحد المالك .
ولو مزج بإذن أحدهما ضمن الأخرى .

وقول المصنف : (فكذا) معناه : صماته ذلك البعض خاصة
والمشبه به المشار إليه هو قوله . (ولو كان مفصلاً .)

قوله : (وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم ، سواء أخذ
منه شيئاً أو لا ، بخلاف ما لو ختمه هو) .

لأن فضل الختم تصرف غير مأذون به ، لا من المالك ولا من الشارع ،
ولما فيه من الهتك ، أما لو ختمه هو فلا ضمان ، إذ لا هتك فيه ولا نقصان عما
فعله المالك (وهذا إذا لم يكن الختم منه بأمر المالك) فإن كان بأمره فهو
كختم المالك (١) .

قوله . (ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع وإن اتحد
المالك) .

أما إذا تعدد المالك فلا بحث ، لأن لشركة عيب ، وأما إذا اتحد ، فلأن
المزج تصرف غير مأذون فيه ، ولأن التمييز بينهما مظنة تعلق غرض به ، ففي
الخلط تفويت لذلك الغرض ، لكن يفهم من قوله : (بحيث لا مائز) أنه لو كان
ثم مائز لم يضمن .

ويشكل بأن هذا القدر من التصرف كد في الوديعة ، فيجب به الضمان
خصوصاً ، والخلط يقتضي إخراج أحد المائزين من كيسه ، ومثله ما لو رد بدل
البعض المأخوذ وخلطه بحيث يميز .

قوله : (ولو مزج بإذن أحدهما ضمن الأخرى) .

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م» .

ولو مزج غيره ضمنهما المازج . والشد كالختم إن كان من المالك ضمن إذا حله لنفس الحل وإن لم يتصرف ، وإلا ضمن بالأخذ .
ولو أذن له المالك في أخذ لبعض ولم يأذن في رد البذل فرده ومزجه ضمن الجميع .

الثاني: الإيداع : فلو أودعها عند زوجته أو ولده أو عبده أو أجنبي وإن كان ثقة من غير ضرورة ولا إذن ضمن .

هذا إذا اختلف مالك الوديعتين .

قوله : (والشد كالختم إن كان من المالك ضمنه ، إذا حله بنفس الحل وإن لم يتصرف)

في التذكرة : لو حل الخيط الذي شد به رأس الكيس أو رزمة الثياب ، لم يضمن ما في الكيس والرزمة وإن فعل ذلك لأحد ، بخلاف قص الختم وفتح القفل ، لأن القصد منه المنع من الانتشار ولم يقصد به الكتمان عنه^(١) .

هذا كلامه ، وما ذكره من العرق غير ظاهر ، وما هنا هو المعتمد ، للتصرف المخالف لمقتضى الوديعة ، ولما فيه من الهتك الماسي لما أراه المالك من الشد .

قوله : (وإلا ضمن بالأخذ) .

أي : وإن لم يكن من المالك ضمن بالأخذ لا بنفس الحل ، لعدم الهتك ، لكن ينبغي أن يستثنى منه ما إذا شده المستودع بأذن المالك .

قوله . (الثاني : الإيداع ، فلو أودعها عند زوجته ، أو ولده ، أو عبده ، أو أجنبي وإن كان ثقة من غير ضرورة ضمن) .

أي : وإن كان كل واحد من هؤلاء ثقة إذا كان الإيداع من غير ضرورة ،

وكذا لو سافر بها مختاراً مع أمن ، نظريق ، أما لو سافر بها مع خوف تلفها مع الإقامة فإنه لا يضمن ، وكذا لو أودعه حالة السفر وإذا أراد السفر ردها على المالك ، فإن تعذر فعلى الحاكم ، فإن تعذر أودعها من الثقة ولا ضمان ،

أما إذا كان ضرورة ففيه تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى ، وحور بعض العامة الإبداع من الزوجة والعبد والولد اختياراً^(١) ، وهو غلط .

قوله : (وكذا لو سافر بها مختاراً مع أمن الطريق) .

لو قال : وإن كان مع أمن الطريق ، شمل حكم الخوف ، والمراد بكونه مختاراً ، عدم حصول ضرورة تدعو إلى السفر بها .

قوله : (وكذا لو أودعه حالة السفر) .

أي : وكذا لا ضمان لو أودعه المالك حالة السفر فسافر بها ، لأن المالك رضي به حيث أودعه ، فكان له إدامة السفر وليس بالوديعة .

قوله : (وإذا أراد السفر ردها على المالك ، فإن تعذر فعلى الحاكم ، فإن تعذر أودعها من ثقة ولا ضمان) .

أي : إذا أراد من عنده الوديعة - وهو حاضر - السفر ردها على المالك أو وكيله ، ولا يجوز له الرد على الحاكم مع أنتمكن من المالك ، لأن الحاكم لا ولاية له على الحاضر ، فإن تعذر المالك - لعيبته ، أو تواريه ، أو حسبه مع تعذر الوصول إليه وبحو ذلك - ووكيله ردها على الحاكم ، فإن تعذر أودعها من ثقة وهو العدل ، لأن العاسق لا أمانة له .

ثم ما الذي يراد بالسفر هنا؟ لم أقف له على تحديد ، والمتأخر منه شرعاً . قصد المسافة ، فعلى هذا لا يجب الرد إلا بالخروج إلى مسافة . وهو

(١) هو مالك كما في بلفه السالك ٢ : ٢٠٦

وكذا لو تعذر ردها على مالكتها فإنه يعيدها إلى الحاكم ، فإن تعذر فالثقة مع الحاجة ،

مشكل ، لأنه متى خرج المستودع من بلد الوديعة على وجه لا يعد (في يده عرفاً يجب أن يقال : إنه ضامن ، لأنه أخرج الوديعة من يده فقصر في حفظها فيضمن ، وينبغي الجزم بأن تردده في البلد ، وحوله في المواضع التي لا يعد ^(١) الخروج إليها في العادة خروجاً عن البلد وانقطاعاً عنه ، كالبساتين ونحوها لا يجب معه رد الوديعة .

وتعذر المالك والحاكم يكفي فيه لزوم المشقة الكثيرة التي يعد ذلك معها في العادة متعذراً . وإذا لم يجد واحداً من المالك والحاكم والثقة ، لم يجز له السفر بها ولا تركها في غير يد ثقة ، لكن يلوح من عبارة التذكرة : أنه إذا التزم خطر الضمان يحوز له السفر بها ، ^(٢) حيث يختاره بين أمرين : إما تأخير السفر ، أو التزام الضمان ^(٣) .

هذا كله إذا لم يكن السفر ضرورياً ، فمع الضرورة وفقد الجميع فإنه يسافر بها ولا ضمان ، إذ لا صرر ولا ضرار ^(٤) ، ونقل في التذكرة على ذلك الإجماع ^(٥) .

قوله : (وكذا لو تعذر ردها على مالكتها ، فإنه يعيدها إلى الحاكم ، فإن تعذر فالثقة مع الحاجة) .

متى أراد المستودع رد الوديعة على مالكتها ، وتعذر المالك ردها على

(١) ما بين القومين لم يرد في ثقة

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠٠ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٨٠ ، ٢٩٢ ، ٢٩٤ حيث ٤ ، ٢ ، ٨ ، المقية ٣ : ٤٥ ، ١٤٧ حديث ١٥٤ ، ٦٤٨ ،

التعليق ٧ : ١٤٦ ، ١٦٤ حديث ٦٥١ ، ٧٢٧ .

(٤) التذكرة ٢ : ٢٠٠ .

فإذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن .

والأقرب وجوب القبض على الحاكم

الحاكم ، فإن تعذر^(١) فالثقة ، لكن إنما يجوز ذلك مع الحاجة الداعية إلى ذلك ، ويلتزمها بضمن .

ثم الحاجة أي شيء يراد بها؟ لم أجد بها تعيماً في كلامهم ، وفي التذكرة قال . إذا تبرم المستودع بالوديعة فسَمَّها إلى القاضي ضمن ، إلا مع الحاجة^(٢) .

ولقائل أن يقول : إن دوام وجوب المحافظة على الوديعة ومراعاتها من الأمور الشديدة المشقة ، ودفع هذه المشقة أمراً مطلوباً ، وهو من أكد الحاجات ، فيسرع معه التسليم إلى الحاكم ، لكن هذا إنما يكون مع طول الزمان ونحو ذلك .

قوله : (وإذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن)

لقائل أن يقول : إن قوله : (مع القدرة) مستلزم ، لأنه لا معنى له إلا العدول عن المالك إلى الحاكم بدون تعذر المالك ، وكذا القول في العدول من الحاكم إلى الثقة .

قوله : (والأقرب وجوب القبض على الحاكم) .

أي . إذا جاءه بالوديعة المستودع عند إرادة السفر والحاجة وجب عليه القبض ، ووجه القرب : أنه منصوب للمصالح ، ولو لم يجب القبض فانت المصلحة المطلوبة من نصبه وهو الأصح ويحتمل ضعفاً لعدم تمسكاً بأصالة البراءة .

(١) في ٤٥ : ومع تعذره .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠١

وكذا المديون والغاصب اذا حملا الدين أو الغصب اليه .

ولو أراد السفر فدفنها ضمن ، إلا أن يخاف المعاجلة . ومن حضرته

قوله : (وكذا المديون والغاصب إذا حملا الدين أو الغصب إليه)

ولا يتقيد هذا بإرادة السفر ، ولا بحصول الحاجة بالنسبة إلى الغاصب ، لأن يده يد عدوان ، وينبغي أيضاً في المديون ذلك ، لأن براءة اللزمة أمر مطلوب ، والمراد بقوله : (وكذا ...) المساواة بينهما وبين المستودع في وجوب القبول على الحاكم إذا حملا المال إليه

ويحتمل عدم وجوب القبول ، نظراً إلى أن البقاء في يد الغاصب أعود على المالك ، لكونه مضموناً في يده ، وكذا المديون ، لأن الدين في ذمته .

قوله (ولو أراد السفر فدفنها ضمن) إلا أن يخاف المعاجلة .

أي : لو أراد السفر ، فاقصر في الدويعة على دفنها ضمن ، لأن ذلك نصيب لها ، فإنه ربما هلك في سفره فلا يصل إليها المالك ، أو انهدم المنزل فلا يعرف مكانها ، سواء كان موضع الدفن حرزاً أم لا ، وسواء أعلم بها غير ثقة أو لم يعلم أحداً .

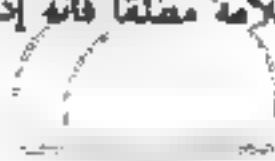
ولو أنه أعلم بها ثقة ، وكان ساكناً في الموضع بحيث يكون في يده ، وتعذر المالك والحاكم جاز ولا ضمان ، لأنه كالإبداع نص عليه في التذكرة^(١) ، ومنه يعلم أن الدفن يعد حرزاً .

ولو خاف المعاجلة فدفنها ، فلا ضمان وإن لم يردّها إلى المالك أو الحاكم ، ولم يجعلها تحت يد ثقة ، وفسر شيخنا الشهيد المعاجلة بتفسيرين : أحدهما : معاجلة السراق ، وهو المتبادر من عبارة التذكرة ، فإنه قال :

الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة فإن أهمل ضمن ، إلا أن يموت فجأة على اشكال .

ولو خاف المعالجة عليها فدفنها فلا ضمان^(١) ، وهو صحيح ، لأن حفظها حيث لا يكون إلا بالدفن ، لكن يعتبر الدفن في موضع يعد حرزاً ، شأنه أن يخفى على السراق .

الثاني : معالجة الرقعة إذا أراد السفر وكان ضرورياً ، وكان التخلف عن تلك الرقعة مضراً ، وإن وقع في كلامه مطلقاً فإنه إذا دفن في حرز فلا ضمان عليه .



قوله : (فإن أهمل ضمن ، إلا أن يموت فجأة على اشكال) .

يشفي أن يكون الاستثناء مفعلاً ، ود موت من حضرته الوفاة فجأة غير متصور ، ومنشأ الإشكال : من تقصيره بترك الوصية الممضي إلى تلف الوديعة ، ومن أنه بنى على الظاهر ، فإن لصحيح ظاهر حاله استمرار البقاء ، مالم تحصل اشارة الموت ، ولو وجب الضمان هنا لاقتضى وجوب الوصية على كل مستودع من حين قبض الوديعة ، حتى أنه لو أخر ساعة بضمن ، وعمل جميع الفقهاء على خلافه .

والحق أن هذا الاشكال في غاية الضعف ، لأن الإيضاء إذا لم يجب إلا عند اشارة الموت ، لم يعد تركه بدونها تقصيراً ، فلا يترتب عليه الضمان بوجه ، والعجب أن الشارح الفاضل اختار الضمان هنا معللاً بالتفريط^(٢) ، ولا شبهة في فساد .

(١) المصدر السابق.

(٢) ايضاح الموائد ٢ : ١١٥ .

ولو أوصى إلى فاسق ، أو أجمل كقوله : له عندي ثوب وله أثواب ضمن ، أما لو قال : عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلاً على التلف قبل الموت على أشكال .

قوله : (ولو أوصى إلى فاسق أو أجمل ، كقوله : عندي ثوب وله أثواب ضمن) .

أما الوصية إلى الفاسق فيها تزيد التصييع ، لأنه مع السلطان عليها أقرب إلى الحياة^(١) وأما مع الإجمال فلا لأنه لا يعرف حيث تدعى الوديعة ، فلا يكون الرد ممكناً بحسب العادة ، وذلك ثابت بالحفظ .

وفهم من قوله : (وله أثواب) أنه لو لم يكن له إلا ثوب واحد لا ضمان عليه ، وكأنه تنزيلاً للوصية عليه .

وفي التذكرة مال - بعد الاشكال - إلى أنه يضمن الوديعة لتقصيره بعدم تمييزها ، ولا يدفع إليه عين الموجود لإحتمال أن تكون الوديعة غيره^(٢) .

فإن قيل : يجوز أن تكون الوديعة قد تلفت قبل الوصية بغير تمريض ، فلا ضمان هنا ، والثوب الموجود من التركة .

قلنا : مقتضى كلام الموصي بقاؤها إلى حين الوصية ، والأصل عدم التلف ، فيعد ضامناً لعدم التمييز ، ويحتمل مع ذلك تنزيل إطلاقه على ذلك بالثوب ، لأن الأصل عدم غيره .

قوله : (أما لو قال : عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن ، تنزيلاً على التلف قبل الموت على أشكال) .

ينشأ . من قول أكثر علمائنا بالضمان ، محتجين بظاهر قوله عليه

(١) في ٥٣ : الجاية .

(٢) التذكرة ٢٠٢ .

ولو وجد على كيس مختوم أنه وديعة فلان لم يسلم اليه ، وكذا لو وجد في دشورة إلا بالينة .

الثالث: التقصير في دفع المهلكات : فلو ترك علف الدابة أو سقيها مدة لا تصبر عليه عادة فهلكت ضمن ، سواء أمره المالك أو لا ،

السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(١) والمسقط هو التلف من غير تفريط ، وهو مشكوك فيه ، ومن أن مجرد الاستيداع ليس سبباً في الضمان ، بل السبب التفريط وهو غير معلوم ، دلحكم بالضمان مع عدم علم ميبه باطل .

وينبغي أن يقال : إن أجمل الوصية ولم يبين الثوب ، بني الضمان على^(٢) عد ذلك تقصيراً ، وإن بينه فلا مقتضي للضمان ، لأن الأصل براءة الدمة ، والواحد في الوديعة ردّها لم يجرد العين لا بدونه ، والانتقال إلى الدل إنما هو مع الضمان ولا مقتضي له ، وهذا هو التحقيق .

واعلم أنه ليس المراد بالإيضاء دفع الوديعة إلى الوصي ، فإن هذا هو الإيداع الممنوع عنه مع عدم الحاجة ، وتصبر المالك والحاكم (بل المراد الأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده ، ولو أودع في هذه الحالة مع تعذر المالك والحاكم)^(٣) لم يمنع منه ، لأن ظهور امارات^(٤) الموت أشد خطراً من السفر .

واعلم أيضاً أن حضور الوفاة المراد به حصول المرض المخوف ، والحبس للقتل وسحوه .

قوله : (الثالث : التقصير في دفع لمهلكات ، فلو ترك علف الدابة أو سقيها مدة لا تصبر عليه عادة فهلكت ضمن ، سواء أمره المالك أو لا) .

(١) السنن الكبرى ٦ . ٩٥ ، مس الترمذي ٢ . ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ ، سنن ابن ماجه ٢ . ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠ ، مستند أحمد ٥ : ٨ ، حوالى اللالي ٣ : ٢٥١ حديث ٣ .

(٢) في «ق» : ولم يبين الثوب في الضمان

(٣) ما بين القوسين لم يرد في «م» .

(٤) في «ق» : اماراة .

ويرجع على المالك وإن نهاء على أشكال إذا لم يتبرع ،

ولو لم تهلك بل نقصت ضمن النقص ، ولو لم يحصل واحد من الأمرين صار ضامناً وخرج عن كونه أميناً ، ويجب علفها وسقيها بما جرت العادة به بالنسبة إلى أمثالها ، ولا فرق في ذلك بين أن يأمره المالك بالعلف والسقي أو لا .

قوله : (ويرجع على المالك وإن نهاء على أشكال إذا لم يتبرع) .

إذا علف المستودع الدابة وسقيها كان له الرجوع على المالك ، لأن ذلك مأمور به شرعاً ، إذ لا يتم الحفاظ بدونه ، فلا تضريح عليه إن لم يقصد التبرع .

فلو نهاء المالك عن العلف والسقي ، فقام به لكونه واحداً عليه من ، حيث أنه حق لله تعالى **سروا أن إتلاف المالك منهي عنه** ، فهل له الرجوع به على المالك مع قصد عدم التبرع ؟ فيه إشكال ، يشأ : من هي المالك المقتضي لصدورهما بغير إذن وذلك هو التبرع ، ومن عدم اعتبار ذلك النهي فإنه محرم ، والعلف والسقي لوجوبهما مأذون فيهما شرعاً وإذن الشارع قائم مقام إذن المالك ، وهو الأصح ويتحقق عدم التبرع ظاهراً مع عدم إذن المالك ووكيله بإذن الحاكم ، ومع تعلره فبالإشهاد ، فإن تعلر قال في التذكرة : الأقرب أنه يرجع مع قصده الرجوع وتقدم قوله في ذلك ، لأنه أعرف بقصده^(١) ، هذا كلامه ، وهو حسن .

وتقديمه إنما هو باليمين ، والانفاق عديها من مال المالك جائز مع الظفر به وتعلر إذنه ، لكن مع إذن الحاكم إن أمكن ، فإن لم يوجد رأى الحاكم المصلحة في الاقتراض عليه ، أو إجارتها ، أو بيع بعضها ، أو بيعها ، ومع عدم الحاكم وانتقال الحكم إلى المستودع ، يقوم مقام الحاكم في ذلك .

أما لو نهاه عن العلف أو السقي فتركه عصي ولا ضمان .

ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر إليه ، أو طرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها ، أو لم يعرض الثوب الذي يفسده الدود للريح ، ولو لم يندفع إلا باللبس وجب إلا مع نهى المالك

ولو أمر خادمه بالسقي أو العلف لم يضمن ، لا اعتياده .

قوله : (أما لو نهاه عن العلف أو السقي فترك عصي ولا ضمان) .

أما عصيانه ، فلاه صبيح حق الله سبحانه ، وأما عدم الضمان ، فلأن إتلاف مال المالك بإذنه فلا يستحق ضماناً

قوله . (ولو لم يندفع إلا باللبس وجب ، إلا مع نهى المالك) .

مقتضاه عدم الوجوب مع نهيه ، وهو محال لما في التذكرة^(١) ، نظراً إلى أن إضاعة المال محرمة .

قوله : (ولو أمر خادمه بالسقي أو العلف لم يضمن لا اعتياده)

هذا إذا كانت الدابة مع ذلك في يده ، فلو أخرجها من يده وبعثها على يد الخادم للسقي أو العلف ، فإن لم يكن الخادم أميناً ضمن ، وإن كان أميناً فقد قال في التذكرة : الأقرب عدم الضمان ، لفناء العادة بالاستتابة في ذلك^(٢) ، وما قرّر به قريب .

وربما قيل : إن الوجهين مخصوصان بمن يتولى ذلك بنفسه ، فأما غيره فلا ضمان قطعاً ، ولا يخلو من وجه .

إذا علم هذا ، فعارة الكتاب مطلقة ، فتقتضي عدم الضمان وإن لم يكن

(١) التذكرة ٢٠٢ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠٣ .

ولو أخرجها من منزله للسقي مع أمن الطريق أو خوفه ضمن ، إلا مع الضرورة كعدم التمكن من سقيها أو علقها فيه وشبهه .

الرابع : المخالفة في كيفية الحفظ : فلو عيّن له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ، ويضمن لو نقل ، إلا إلى ما هو أحرز أو مساوٍ على رأي ، فإن تلفت بالنقل إليه كإهدامه ضمن . ولا يحوز بقلها إلى الأدون وإن كان حرزاً ، إلا مع الخوف في إغاثتها في الأول وعدم تمكنه من المساوي .

الخادم أميناً ، إلا أن يقال : الحكم بعدم الضمان إذا كان فعل الخادم مجرد السقي ، لا أخذ الدابة إلى الماء وعلفها

قوله : (ولو أخرجها من منزله للسقي مع أمن الطريق أو خوفه ضمن ، إلا مع الضرورة ، كعدم التمكن من سقيها وعلقها فيه وشبهه) .

قال في التذكرة : ولو أخرجها من غير ضرورة للعلف والسقي ، فإن كان الطريق آمناً لا خوف فيه وأمكن سقيها في موضعها ، فالأقرب عدم الضمان ، لأطراف العادة بذلك^(١) . هذا كلامه ، وما ذكره قريب ، لأن الحفظ إنما ينزل على الأمور المطردة في العادة .

قوله : (الرابع : المخالفة في كيفية الحفظ ، فلو عيّن له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ، ويضمن لو نقل ، إلا إلى ما هو أحرز أو مساوٍ على رأي) .

صرّح الشارح^(٢) وشيخنا الشهيد في حواشيه بأن الرأي في المساوي ، وهو الظاهر من عبارة الشارح العميدي ، وعبرة الشرائع^(٣) والارشاد^(٤) تشهد

(١) المصدر السابق .

(٢) إنباح الفوائد ٢ : ١١٧ .

(٣) الشرائع ٢ : ١٦٤ .

(٤) الارشاد (مخطوط) : ١٢٣ .

بذلك ، فعلى هذا النقل إلى الأحرر جائز ولا ضمان به قولاً واحداً ، على ما يهمهم من كلامهم .

وبدل عليه أن الرضى بوضع الوديعة في لأدون يدل على الرضى بالوضع في الأحرر بطريق أولى ، وأما المساوي عليه قولان يلتفتان إلى أن تعيين الموضع أفاد تقدير الحرز به فقط - وأن المراد ما كان في هذه المرة ، كما كان تعيين زرع المحنطة في الإجارة ، وهذا الراكب دال على حواز المساوي والأدون - أو أن المتبادر من التعيين هو الواجب ؟

ولا ريب أن الانتقال إلى المساوي غير طاهر ، لثبوت المخالفة ، بخلاف الأحرر ، لدلالة مفهوم الموافقة على الرضى به

ويشكل بأنه مع التعيين لشخص الحرز لا يدل ذلك على الرضى بالأحرر بمفهوم الموافقة ولا بغيره ، لأن شرط هذه الدلالة العلم بعلة الحكم ، وثبوتها في المسكوت عنه بوجه أقوى ، وذلك مع تعيين مستحب ، لإمكان أن يراد خصوص المعين .

وحينئذ لا فرق بين الأحرر والمساوي من حيث الدليل ، لكن اللاتح من كلام جمع من الأصحاب أنه لا خلاف في الأحرر ، فتشكل حينئذ المخالفة ، وإطلاق كلام ابن إدريس في السرائر يقتضي عدم الجوار مطلقاً ، حيث قال في سياق الضمان : أو خالف مرسوم صاحبها في كيفية حفظها^(١) ، فإن من المخالفة نقلها إلى الأحرر في هذه الصورة

واعلم : أن الحكم بضمانه يتلفها بانهدام المنزل المنقول إليه ، مع تجويز النقل مما لا يجتمعان ، فإن النقل إن استفيد الأذن فيه من كلام المودع فلا ضمان به ، ولا يثبت به الضمان مطلقاً ، والذي يقتضيه النظر الضمان

ولو نهاء عن النقل من حرز معين ضمن بالنقل الى الأحرز
والمساوي ، إلا أن يخاف تلفها فيه ولو قال : وإن تلفت

ولو عين له حرزاً بعيداً عنه وجب المبادرة اليه بما جرت العادة ، فإن
آخر متمكناً ضمن .

ولو وضعها فيما عينه له فخاف من غرق أو حرق وجب نقلها الى
حرز غيره ، فإذا تركها والحال هذه ضمنها ، سواء تلفت بالأمر المخوف أو
بغيره .

مطلقاً ، والمع من النقل مطلقاً إلا أن يقول به موقوف على وجود الموافق .
قوله : (ولو نهاء عن النقل من حرز معين ضمن بالنقل الى
الأحرز والمساوي ، إلا أن يخاف تلفها فيه) .

فإنه لا يضمن حيث ، حيث أن النقل جائز ، بل واجب ، لأنه مقدمة
الحفظ المطلوب بالوديعة ، فيضمن لو أحل به حيث كذا سيأتي .

وقوله : (ولو قال : وإن تلفت) وصلي لما تقدم ، أي : لا ضمان عليه
وإن قال له . لا تنقلها وإن تلفت ، وذلك لأن الحفظ واجب عليه ، للنهي عن
إضاعة المال ، وإن كان لو ترك في هذه الصورة لا ضمان عليه كما سيأتي ان
شاء الله تعالى .

قوله : (ولو عين له حرزاً بعيداً عنه وجب المبادرة إليه بما جرت
العادة ، فإن آخر متمكناً ضمن) .

لأن الإطلاق إنما يحمل على الأمور المتعارفة في العادة ، ولا يجوز
التأخير لاستكمال وطره ، فيضمن .

قوله : (ولو وضعها فيما عينه له ، فخاف من غرق أو حرق وجب نقلها
إلى حرز غيره فإن تركها والحال هذه ضمنها ، سواء تلفت بالأمر المخوف

ولو قال : لا تنقلها وإن خفت فنقلها من غير خوف ضمن ، ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال : أتلها .

ولو ادعى الناقل عن المعين السبب كالغرق فأنكر المالك احتمال تقديم قول المالك لإمكان إقامة البينة ، وقول الودعي لأنه أمينه .

أو بغيره) .

هذا شامل لما إذا عيّن له الموضع ، سواء نهاء عن النقل ولم يقل : وإن خفت تلتها ، أم لم ينهه ، لأنه في كل من الموضعين مأمور بالنقل الذي لا يتم الحفظ بدونه .

وبين حكم القسم الآخر ، وهو ما إذا قال : وإن خفت تلتها ، بقوله : (ولو قال لا تنقلها وإن خفت ، فنقلها من غير خوف ضمن ، ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن ، كما لو قال أتلها) .

قد سبق ذكر الحكم الأول غير مرة .

وأما الثاني ، فلأن النقل واجب عليه ، فإذا أتى به كان مبالغاً في الحفظ ومحسناً فلا يضمن ، وإن لم يأت به كان التنبه المستند إلى عدم النقل مستنداً إلى المالك ، لأنه على وفق قوله فلا ضمان به ، كما لو قال له : أتلها فأتلتها .

قوله : (ولو ادعى الناقل عن المعين السبب كالغرق ، فأنكر المالك ، احتمال تقديم قول المالك لإمكان إقامة البينة ، وقول الودعي لأنه أمينه) .

ولأنه محسن فلا سبيل عليه ، ولأنه إنما قبض لمحض مصلحة المالك فلا يناسب عدم قبول قوله بيمينه ، ولأن عدم تقديم قوله يقتضي إلى تنفر الأبناء من الوديعة فربما أدى إلى تعذر حصولها .

ويضعف الأول : بأن إمكان إقامة البينة لا يستلزم توقف القبول على

ولو أمره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن ، ولو قال :
 وضعها في كُمِّك فجعلها في جيبه لم يضمن ؛ لأنه أحرز ، ويضمن
 بالعكس . ولو قال : اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتمل الضمان
 لكثرة السقوط من اليد ، وعدمه لأنها أحفظ من الطرار بالبط .
 أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن ،

إقامتها ، كما في دعوى التلف ، ومن هذا ظهر أن تقديم قوله باليمين قوي .
 قوله : (ولو قال : وضعها في كُمِّك ، فجعلها في جيبه لم يضمن ،
 لأنه أحرز) .

بل يضمن على ما حققناه : من أنه لا يجوز النقل إلى الأحرز إذا عين
 المودع موضعاً .

قوله : (ولو قال : اربطها في ثوبك فجعلها في يده ، احتمل
 الضمان لكثرة السقوط من اليد ، وعدمه لأنها أحفظ من الطرار بالشق) .

في الصحاح : وقد يكون الطر الشق ، ومنه الطرار^(١) . إذا عرفت ذلك
 فالاحتمال الأول قوي^(٢) لأن الكم أحرر ، وكون اليد أحفظ من الطرار إنما هو
 في حال اليقظة ، أما مع الغفلة والنسيان فلا ، وذلك من الأمور اللازمة ، وهل
 يكون الوضع في اليد حرراً مع إطلاق المودع ؟ فيه احتمال .

قوله : (أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن) .

أي : أما لو استرخى الوضع في اليد ، والحال ما سبق من أنه أمره
 بالربط في الثوب ، فإنه يضمن ، لأن كون اليد حرراً - على القول به - إنما هو
 في حال اليقظة ، فإذا حصل الاسترخاء بنوم ونحوه فقد زالت الحرزية ، فيتحقق

(١) الصحاح (طرر) ٢ : ٧٢٥ .

(٢) في حق : أقوى .

فإن ربطه أمثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن ، لأنه
إغراء للطرار ، ولا يضمن لو جعله من داخل .

ولو نقل من صندوق الى صندوق ولصناديق للمالك ضمن ، ولو
كانت للمودع فهي كالبيوت ، ولو أمره بحملها في صندوق من غير قفل
فقفل عليها لم يضمن .

الضمان .

أو يقال : إنه قد خالف ، فاستند التمسك إلى المخالفة ، فيشكل بأنه إذا
كان جائزاً لا تقصير فلا ضمان .

قوله : (فإن ربطه أمثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم
ضمن ، لأنه إغراء للطرار) .

أي : بحث له على الشق حيث أعد له الفرصة ، وثمة على ما لم يكن
بصلده .

قوله : (ولو نقل من صندوق إلى صندوق والصناديق للمالك ضمن) .

لأن المالك بوضعه قد عين الحرر ، فإذا خالف ضمن ، إلا مع الخوف أو
الحاجة ، وكذا لو كان الصندوق المنقول منه فقط للمالك .

قوله : (ولو كانت للمودع فهي كالبيوت)

ظاهر السياق يرمي إلى الفرق بين كون الصناديق للمالك والمستودع ،
وليس بواضح ، فإن الوضع من المالك في صندوق المستودع إذا كان بأذنه ،
والإيداع على هذه الحالة لا يقصر عن تعيين البيت ، فلا يجوز النقل منه إلا في
المواضع السابقة .

ويمكن أن يقال : إذا كان الصندوق للمالك ، فمجرد إخراج الوديعة منه

ولو قال : اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل فيها ضمن ، سواء سرقت حال الإدخال أو بعده ، سرقها من دخل البيت أو غيره .

ولو قال : اجعل الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمن ، بخلاف العكس .

تصرف فيها غير مأدون فيه ، فيجب به الضمان وإن كان إلى أحرز ، لأن ذلك تغير بحال الوديعة ، بخلاف ما إذا كانت الصاديق للمستودع .

قوله : (ولو قال : اجعلها في هذا البيت ولا يدخله أحد ، فأدخل قوماً ضمن ...) .

لو أدخل واحداً مصرر فليس بإدخال القوم معتبراً في الحكم

قوله : (ولو قال : اجعل الخاتم في الخنصر ، فجعله في البصر لم يضمن) .

لأنه زاده حفظاً وحراسة ، فإن البنصر أعلط من الخنصر ، فالحفظ فيه أكثر ، لأنه أبعد من القلع وأوثق ، لكن هذا إذا لم يكن وضعه في البصر مفضياً إلى تلهه بالكسر أو الفك ونحوهما ، ولم يكن الخاتم لضيقه لا يبلغ أصل البنصر ، فيبقى في أناملته التي تلي أصله ، فإنه يضمن ، إذ لا يحصى أن أصل الخنصر أحرز من أنملة البصر .

قوله : (بخلاف العكس) .

فإنه لو أمره بوضعه في البصر فوضعه في الخنصر ضمن للتضييع ، لكن هذا إذا كان بحيث يبلغ أصل البصر ، أما إذا كان بحيث لا يبلغه ، فإن أصل الخنصر أوثق ، وهذا كله مبني على أن الفل إلى الأحرز من المعين جائز اختياراً ، أما على المختار من عدم جوازه إلا عند الضرورة فلا يتأتى ذلك .

ولو لم يعبئ موضعها وحب حفظها في حرز مثلها ، ولا يضمن بالنقل عنه وإن كان إلى أدون .

ولو كانت في بيت صاحبها فقال له . احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن ، لا معه .

الخامس : التضييع : بأن يلقيها في مضبعة ، أو يدل عليها سارقاً ،

قوله : (ولو لم يعبئ موضعاً ، وحب حفظها في حرز مثلها أو أعلى ، ولا يضمن بالنقل عنه وإن كان إلى أدون) .

يسمي أن يكون الصمير في (عنه) راجعاً إلى الأعلى ، لأن الأدون من حرز مثلها ليس بحرر .

قوله : (ولو كانت في بيت صاحبها فقال له . احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن لا معه) .

أي . لو كانت الوديعة في بيت مالكتها ، فقال له . احفظها في موضعها ، لم يجز له نقلها محال وإن كان إلى أحرز قولاً واحداً ، لأنه ليس بمستودع في الحقيقة ، وإنما هو وكيل في الحفظ . هذا إذا لم يكن خوف . فيضمن حينئذ ، لا إن نقلها مع الخوف فإنه لا يضمن ، لأنه محسن

قوله : (الخامس : التضييع ، بأن يلقيها في مضبعة أو يدل سارقاً)

أي على مكانها ، قال في التذكرة لو أحرر المستودع اللص بالوديعة فسرقها ، فإن عيّن له الموضع ضمن ، لأنه فرط في حفظها ، ولو لم يعبئ المكان لم يضمن^(١) .

ويستفاد من قوله . (أو أقر بها لفظه) أن مجرد الإخبار بها لا يقتضي

أو أقربها لظالم ، أو يسمى بها إلى من يصادر المالك فيضمن .
ولو ضيّع بالنسيان فالأقرب الضمان .

الضمان ، وهو جيد ، والفرق : أن الظالم إذا علم أحدها قهراً والسارق لا يمكنه السرقة إلا إذا علم موضعها .

ويمكن أن يقال : مجرد علم السارق موجب لسعيه في معرفة مكانها وأخذها ، فكان سبباً لتضييعها .

قوله : (أو يسمى بها إلى من يصادر المالك) .

أي : يأخذ أمواله ، وقد يقال : إن هذا كالمستعنى عنه ، لأن المصادر ظالم ، والسماية بها إليه إجبار وزيادة

قوله : (ولو ضيّع بالنسيان فالأقرب الضمان) .

أي : لو حصل تضييع الوديعة بسبب نسيانها ، كان ترك مشر الثوب - حيث يفسده الدود بتركه - وصفي الدابة مع الضرورة ، وكذا إحرازها ونحو ذلك ، فالأقرب الضمان . ووجه القرب : أنه فرط بنسيانه ، لقدرته على التكرار الموجب للتذكار .

ويحتمل العدم ، لقوله عليه السلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان^(١) .

والحق الضمان ، لأن التضييع موجب للتفريط ، المقتضي لكون يد المستودع يد عدوان ، لأنه إنما أود له في وضع يده للحفظ ، والعدوان موجب للضمان ، سواء عدّ مقصراً بالنسيان أم لا ، فإن من وضع يده على مال غيره بغير حق وأتلفه نسياناً ضامن لا محالة .

ولو سلمها إلى الظالم مكرهاً استقر لصمان على الظالم ، والأقرب انتفاؤه عنه . وهل يجب عليه الاحتفاء لو طلبه الظالم ؟ الأقرب ذلك ،

قوله . (ولو سلمها إلى ظالم مكرهاً استقر الضمان على الظالم) .

لأن التلف لو فرص وقوعه إما هو في يده

قوله : (والأقرب انتفاؤه عنه) .

وجه القرب : أنه غير مقصر ، لأن لفرص أن جميع ما يجب للوديعة من الحفظ حاصل ، ويده يد أمانة ، فيجب أن ينتهي الضمان ، لانتفاء مقتضيه ، كما لو تلف بدون تقصير منه .

ويحتمل الضمان ، لأنه مباشر لتسليم مال الغير إلى غير مالكه ، ولعموم على اليد ما أحدث حتى تؤدي^(١) ، واختاره في التذكرة^(٢)

والأصح العدم ، لأن الإكراه صير فعه منسوباً إلى المكره ، ولأنه محسن فلا سبيل عليه ، إذ التسليم باذن الشارع . ولأن قصه لها إما كان لمصلحة المالك ، فلا ياسب تضمينه بغير عدوان ، ولما فيه من سد باب الوديعة .

ولو أمكه مصانعة الظالم بشيء يرجع به على المالك ، فليس يبعد القول بالوجوب ، لأنه مقدمة الواجب .

واعلم : أن الإكراه يختلف باختلاف لأحوال ، وقد بين في الطلاق .

قوله : (وهل يجب عليه الاحتفاء لو طالبه الظالم ؟ الأقرب ذلك) .

وجه القرب : أنه مقدمة للواجب ، وهو الحفظ ، ويحتمل العدم ، لما فيه من الضرر ، والأصح الأول .

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٥١ حديث ٣ ، السالكى ٦ : ٩٥ ، سنن ابن ماجه ٢ : ٨٠٢ حديث

٢٤٠٠ ، سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ ، مسند أحمد ٥ : ٨

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠٥ .

ويجوز الحلف كاذباً للمصلحة ، وتجب التورية على العارف .

ولو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلمه ضمن ، ولو أكرهه على
لتسليم لم يضمن به ، فإن تمكن من الدفع وحب ، فإن أهمل ضمن ،
ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع .

قوله : (ويجوز الحلف كاذباً للمصلحة ، وتجب التورية على
العارف) .

الأولى التعمير بالوجوب ، لأن جواز الحلف كذلك إنما يكون حيث يتوقف
حفظ الوديعة عليه ، والحفظ واجب ، ولأنها ساع^(١) الكذب هاهنا للمصلحة ،
لأن ذهاب مال المسلم أشد قبحاً من هذا الكذب ، وتجب التورية على العارف
بها - بأن يقصد ما يخرج به عن الكذب - تفصيلاً عن ارتكاب القبيح ، ومتى لم
يحلف فأخذها الطالم ~~حسنتها~~

واعلم - أن العبارة لا تخبر من مناقشة ، حيث تقتضي ثبوت الكذب مع
التورية ، ومعلوم أنه لا كذب معها ، ولو قال - ويجب الحلف على نفيها ويجب
على العارف التورية ويغتفر لغيره الكذب للمصلحة ، لكان أولى

واعلم : أنه يجوز قراءة الحلف بإسكان اللام على أنه مصدر ، ويكسره
على أنه أسم لليمين .

قوله : (ولو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلم ضمن) .

لأن الإكراه على أحد الأمرين ليس إكراها على أحدهما بعينه ، ومتى
سلم الوديعة مختاراً ضمنها .

قوله : (فإن تمكن من الدفع وجب ، فإن أهمل ضمن ، ولا يجب
تحمل الضرر الكثير بالدفع) .

السادس: الجحود : وهو موجب للضمان إن كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبة غيره ، وفي سؤال المالك إشكال ، فإن لم يقم بينة أو لم يعترف فالقول قوله مع اليمين ، فإن أقبمت عليه البينة فادعى الرد أو التلف من قبل : فإن كانت صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الأقوى ، لتناقض كلاميه .

متى تمكن من دفع الطالم عن الوديعة بوجه من الوجوه وحب ، إذا لم يكن في الدفع ضرر كثير عادة ، فإن أهمل حيث لا ضرر ضمن ، ومعه لا ضمان ، ومتى أمكن مصابغة الطالم عنها شيء من المال فليس بعيد الوجوب ، كمؤونة العلف ، ويرجع على مالك مع عدم التضرع .

قوله : (السادس : الجحود) وهو موجب للضمان إذا كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبة غيره ، وفي سؤال المالك إشكال) .

أي لو أنكر في وقت سؤال المالك بقاءه ، بقوله : لي عندك وديعة ، ففي ضمانه إشكال ، يشأ . من أنه ينكاره مع المالك عن طلبها ، فكان كصحة عقيب المطالبة ، ومن أنه لم يصدر من المالك طلب ، والمع مترتب عليه .

وفيه نظر؛ لأن جحود الوديعة يقتضي كون المستودع ليس عن المالك ، لأن نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازمه ، فلا يكون أميناً عنه فوضمن ، وهو الأقرب .

ومتى أظهر علماً لجحوده - سواء كان بعد طلب المالك أو سؤاله - بنسيان أو غلط ونحو ذلك وصدقه المالك لم يضمن

قوله : (فإن كان صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة ، لم يقبل قوله بغير بينة ، ولا معها على الأقوى ، لتناقض كلامه) .

قال ابن الجنييد : تسمع دعواه من غير بينة ، فإذا حلف سقط الضمان ،

وإن كان صيغة الجحود : لا يلزمني شيء قبل قوله في الرد والتلف مع البيئة ، وبدونها في الأخير ، وفي الأول على رأي .

لأن إنكاره يجوز أن يكون عن سهو وسيان لها^(١) ومنع الشيخ^(٢) من سماعها بدون البيئة ومعها ، وهو الأصح ، لأنه بانكاره مكذب لدعواه الهلاك .
قال المصنف في المختلف نعم لو طلب إحلاف الغريم كان له ذلك^(٣) .

قلت . فيه نظر ، لأن المقتضي لمنع سماع بيته هو تكذيبه لدعواه ، وهو قائم هنا ، فلا يتوجه له اليمين ، إلا أن يقال لعل الغريم يقر فينتفع .
لا يقال . البيئة أقوى من الإقرار . حيث لا تسمع لتكذيبه إياها لا يعتد بالإقرار ، فلا يتوجه اليمين طمع فيه . لأن نقول إذا رجع عن التكذيب في الإقرار سمح ، بخلاف البيئة .

قوله : (وإن كان صيغة الجحود : لا يلزمني شيء ، قبل قوله في الرد والتلف مع البيئة ، وبدونها في الأخير وفي الأول على رأي) .

الفرق بين الصيغتين : أن الثانية لا تنافي حصول الإيداع ، بخلاف الأولى ، فحينئذ تقل بيته على الرد أو التلف ، وبدونها تثبت بيمينه دعواه التلف ، لأنه أمين ، وهو الذي عاهد بقوله : (الأخير) و (الأول) هو الرد ، وفي قبول قوله بيمينه فيه خلاف ، من حيث أنه محسن وأمين ولا أجرة له في مقابل الحفظ ، ومن عموم : « البيئة على المدعي »^(٤) .

وربما فصل في ذلك ، ففرق بين ادعاء التلف بسبب ظاهر ، أو خفي ،

(١) نقله عن العلامة في المختلف : ٤٤٦

(٢) المبوط ٤ : ١٤١

(٣) المختلف : ٤٤٦

(٤) الكافي ٧ : ٤١٥ حديث ١ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٣

ولو أقر ربها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان ، وفي سماع بينته بذلك اشكال ، نعم تقبل لو شهدت بالإقرار .

فيكتفى في الثاني باليمين ، والقبول مطلقاً أقوى ، فإن الأصل برائة الذمة ، إذ الضمان إنما يكون بالتقصير ، والأصل عدمه ، وشغل الذمة يحتاج إلى دليل ، فهو في الحقيقة في معنى السكر ، فيكتفى بيمينه .

قوله : (ولو أقر بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان) .

الظاهر أن هذا من ثمة أحكام الشق الأول من شقي المسألة ، مدليل ما سيأتي من تردده في سماع البينة ، وفي الشق الثاني لا يتأتى ذلك ، لكن هذا غير حسن ، لأن السائق إلى الفهم خلاف هذا ، أولاً يستقيم المعنى إلا على ذلك التقدير ، فيحصل الاحتلال بالفهم .

وإنما قيد الإقرار بكون التلف قبل الجحود ، لأنه بدون ذلك لا يسقط الدعوى ، لأن التلف بعده يقتضي الضمان ، وكذا التقيد بكونها في الحرز .

قوله : (وفي سماع بينته بذلك إشكال)

لا يستقيم أن يكون المشار إليه بقوله (بذلك) هو الإقرار ، ويكون مشأ الإشكال : من أن البينة حيث لم تسمع لمتناقض المقتضي لتكديدها ، كذا الإقرار فإنه أضعف من البينة ، ومن أن إقرار العقلاء على أنفسهم ماص^(١) ، ورجوع المقر له عن التكذيب مصحح للإقرار ، للمصافة الصريحة^(٢) بينه وبين تصريحه ، متصلاً بهذا قبول البينة لو شهدت بالإقرار ، فيتعين أن يكون المشار إليه بذلك هو التلف ، ويكون الغرض من إعادة المسألة بعد سبقها في قوله : (ولامعها على الأقوى لتناقض كلاميه) أمراً

أ : رجوعه عن الفتوى بعدم السماع إلى التردد ، الناشئ : من أن البينة

(١) في «ف» : جائز

(٢) في «م» : الصحيحة

الفصل الثاني: في الأحكام :

يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالشوب في الصندوق ، والدابة في الإصطبل ، والشاة في المراح . ويجب عليه ردها متى طلب المالك وإن كان كافراً ، فإن أخر لغير عذر ضمن ، ومعه لا ضمان .

حجة يثبت بها عدم جحود الخصم ما يثبت باعترافه ، ومن أن سماعها فرع سماع الدعوى ، وهي غير مشروعة لتكذيب المدعي إياها .

ب . الفرق بين الإقرار واليعة ، بحيث أن الإقرار يعضي وإن كذبه المقر له إذا رجع إلى التهديد . لما سيأتي في الإقرار أن شاء الله تعالى - بخلاف اليعة ، والأصح عدم سماع اليعة ، لأنها كاذبة باعتراف المدعي ، فلا تكون حجة على المدعى عليه . وما ذكره في الإقرار متجه ، وإن كان يرد عليه أن دعوى الإقرار يسفي أن لا نسمع أبصاً للتكذيب

قوله : (الفصل الثالث : في الأحكام : يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة) .

لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصة منقولة من الشارع ، أحيل فيه على العرف المطرد .

قوله : (ويجب عليه ردها متى طلب المالك وإن كان كافراً) .

لرواية الفصيل عن الرضا^(١) عليه السلام ، وأوجب أبو الصلاح^(٢) رد

(١) كذا في حق ، وفي دم . عن الصدوق . وفي التهذيب والاستبصار عن فضيل قال : سألت أبا الحسن (ع)

(٢) التهذيب ١٨١ ٠٧ حديث ٧٩٥ ، الاستبصار ٣ ١٢٣ حديث ٤٣٩

(٣) الكافي في الفقه : ٢٣٦ .

وليس استئمان غرض النفس كمن كان في حمام ، أو على طعام عذراً . ولو قال : رد على وكيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن ، ولو لم يطلب وتمكن من الرد فهي الضمان اشكال .

وديعة الحربي على السلطان العادل ، والمشهور خلافه

قوله : (وليس استئمان غرض النفس - كمن كان في حمام أو على طعام - عذراً) .

لأن أداء الأمانة واجب مضيق ، فلا يجوز الشاغل عنه بمثل هذه الأشياء ، ومن ذلك صلاة المأفلة والمريضة ، ولم يكن في أثناءها ولم يتصيق الوقت ، وهو الذي احتاره في آخر كلامه في تذكرة^(١) ، ويجب عليه الذهاب بمجرد العادة وهذا كله إذا كان الأداء ممكناً ، فمتى أخر حيث لا يجوز له التأخير ضمن .

قوله . (ولو لم يطلب وتمكن من الرد فهي الضمان إشكال) .

ينشأ . من أنه قد أمره بالرد فلم يفعل فضمن ، ومن أن الأمر بالتسليم ليس طلباً للوديعة ، والحق أن يقال إن طلب الرد على الوكيل مثل طلب الرد على المالك ، لأن يده يد المالك والتسليم به تسليم إلى المالك ، فالأمر به يقتضي عول المستودع ، فيجب الرد معه على الفور

نعم لا يجب عليه حمل الوديعة إليه ، بل يجب عليه التحية ، فإن كان المراد من الرد في قول المصنف : (وتمكن من الرد) التحية فلا معنى للإشكال في الضمان حينئذ ، بل يجب القول بالضمان قطعاً ، وإن كان المراد (به حملها إلى الوكيل فلا وجه له أيضاً ، إذ لا يجب عليه ذلك ، وإن كان المراد^(٢) بالرد وجوب الإعلام للوكيل - لو لم يكن قد علم بأمر المالك وإظهار

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٦

(٢) ما بين القوسين لم يرد في ١٢٠ .

وكذا كل أمانة كالشوب تطيره الريح في دره فإن رد على الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو أنكر ، بخلاف التقصير في ترك الإشهاد على قضاء الدين لأن مبنى الوديعة على الإخفاء .

التخلية - فهو محتمل . وليس بعيد القول بوجوب ذلك ، لأن ظاهر الأمر يتصغر العزل .

وعلى هذا فيكون مشأ الإشكال : من التردد في أن المبرول عن الوديعة هل هو مأمور بالرد على الفور ، أو وقت المطالبة ، كما في الشوب الذي أطارته^(١) الريح ، والذي أودعه بمستودع بمجرد ضرورته ، وكما في الوديعة إذا مات المودع ، وصائر الأمانات ؟

والمعتمد الصمان ، لأن إثبات اليد على مال الغير موقوف على الإذن ، إلا فيما اقتضته الضرورة ، وهو ما قل التمكن من الاعلام والتخلية ، وهذا كله إذا لم تدل القرينة على عدم العزل

قوله . (وكذا كل أمانة ، كالشوب تطيره الريح في داره) .

أي - بحيء ذلك في^(٢) ، الإشكال السابق في الصمان ، إذا تمكن من الرد فلم يرد ، وهذا إذا كان المراد بالرد إعلام المالك ، والتخلية بينه وبين ماله رجوع عما سبق من الجرم إلى التردد ، وإن كان المراد حملها إليه ففيه ما سبق من الاشكال ، فإن إيجاب ذلك بعيد

قوله : (فان رد على الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو أنكر ، بخلاف التقصير في ترك الاشهاد على قضاء الدين ، لأن مبنى الوديعة على الإخفاء) .

(١) في (م) : أطار به الريح

(٢) في (ق) : في ذلك

وأجرة المسكن إن احتاجت ومؤونة الرد على المالك وإن قلت ،

ما جزم به هنا قال في التذكرة^(١) : إنه لأقرب ، وفرق بأمرين :

أحدهما : أن الوديعة أمانة ، وقول المستودع مقبول في الرد والتلف ، فلا معنى للاشهاد . ولا محصل لهذا ، لأن الاشهاد لحوف إنكار الوكيل ، فلا أثر لكون قول المستودع مقبولا في الرد والتلف ، ولو قال بدل المستودع : قول الوكيل مقبول في الرد والتلف لكان أوجه

الثاني : ما ذكره هنا من أن الودائع حفظاً للإخفاء ، بخلاف قضاء الدين .

ويمكن الفرق بثالث ، وهو : أن المطلوب بقضاء الدين انقطاع مطالبة المدين عن المديون وبرائة ذمته ، وذلك موقوف على الاشهاد ، والمطلوب في الوديعة إيصال الحق إلى مستحقه ، ويد الوكيل يد الموكل ، فكما لا يجب الاشهاد عند الدفع إلى المودع ، لا يجب عند الدفع إلى الوكيل ، بل ربما يقال : إن ذلك إن نأى الفورية عدّه صاماً

واعلم أن في قول المصنف (فلا ضمان لو أنكر) مناقشة ، لأننا لو قلنا بالضمان وعددياه مقصراً أوجبناه على كل حال ، سواء أنكر ، أو أقرّ وامتنع من التسليم ، أو تلفت العين في يده ، فإنه على كل واحد من التقديرات يرجع على المستودع .

قوله : (وأجرة المسكن - إن احتاجت - ومؤونة الرد على المالك وإن قلت) .

لأن الاستيداع وإن اقتضى وجوب الحفظ ، لكن ما جرت العادة ببذل المالك في مقابله مما يتوقف عليه الحفظ ، من أجرة المسكن ، وضمن العلف ، وأجرة السقي إن كان له أجرة ، وأجرة الراعي ونحو ذلك ، لا يجب بذله من

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٦ .

نعم لو سافر بها بغير اذنه أو بغير ضرورة كانت مؤونة الرد عليه .

ولو كان المودع غاصباً لم يجوز رد الوديعة إليه ، بل الى مالكها إن عُرِف ، ولو جُهل عرفت سنة ، ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان ، وإن شاء أبقاها أمانة ابداً من غير ضمان ،

ماله ، بل يجب على المالك بدله ، فإن امتنع أو لم يوجد وجب الرجوع إلى الحاكم ، ومع عدمه فلاشهاد ، ومع تعذره يرجع إلى بدل غير متبرع على ما سبق .

ولو كان المسكن للمستودع ، أو تولى شيئاً من الأعمال التي جرت العادة ببذل الأجرة في مقابلتها مما لا بد من ، مع رعاية الترتيب السابق وعدم التبرع ، فالظاهر أنه يرجع بأجرته .

قوله . (نعم لو سافر بها بغير اذنه أو بغير ضرورة ، كانت مؤونة الرد عليه) .

لأنه غاصب حيثئذ ، بخلاف ما إذا اقتضت الضرورة ذلك .

قوله . (ولو جهل عرفت سنة ، ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان ، وإن شاء أبقاها أمانة ابداً من غير ضمان)

هذا هو المشهور ، ومستنده رواية حمص بن غياث عن الصادق عليه السلام^(١) ، ولا يضر ضعف السند مع الشهرة ، ويؤيدها أن التصديق مع الضمان فيه جمع بين مصلحة الدنيا والآخرة بالنسبة إلى مالكها ، فلا^(٢) منافي أصلاً ، وهو المختار .

وقال ابن ادریس : يردّها إلى إمام المسلمين ، فإن تعذر أبقاها أمانة ثم

(١) الكافي ٥ : ٣٠٨ حديث ٢١ ، المقب ٣ : ١٩٠ حديث ٨٥٦ ، التهذيب ٧ : ١٨٠ حديث ٧٩٤ ،

الاستبصار ٣ : ١٢٤ حديث ٤٤٠ .

(٢) في حق . فلا ينال

وليس له التملك مع الضمان على اشكال
ولو مزحها الغاصب بماله فإن تميّرت وجب ردها على مالكها دون
المودع ، وإلا رد الجميع على المودع على أشكال .

يوصى بها إلى عدل^(١) . وقال المفيد : يحرج خمسها إلى مستحق الخمس
والباقي ينصدق به^(٢) . وقول ابن ادريس له وجه ، والأول أوجه .

قوله : (وليس له التملك مع الضمان على أشكال) .

بنشأ : من أن الأصل عصمة من المسلم ، ومن ورود الرواية^(٣)
الضعيفة : بأنها في يده بمنزلة النقطة ، ومن جملة أحكامها حوار التملك بعد
التعريف .

ويصغف بأن الرواية مع صحتها قاصرة الدلالة عن ذلك ، لوجوه منها
أنه لا عموم لها ، ومنها أن المتأخر من قوله عليه السلام : يعرفها إلى آخره ،
بيان وجه نزولها منزلة اللقطة ، والأصح الآخر .

قوله : (وإلا رد الجميع على المودع على أشكال)

يشأ : من إطلاق الأصحاب وجوب الرد ، لأن معه منها يقتضي منع
المودع من ماله ، لأن العرص عدم التميز ، ومن أن تبسيطه على مال غيره
عدواناً قبيح . والأصح المنع ، بل يردّها على الحاكم إن وحده ، ولو لم يجده
احتمل رد قدر ما يملكه الغاصب وحفظ الباقي لمالكه ، والقسمة هنا ضرورة
وفاقاً للتذكرة^(٤) في هذا الاحتمال ، ولو كان ذلك بحصول عدول المؤمنين لكان
أحوط إن أمكن .

(١) السرائر: ٢٦٣

(٢) المقنعة: ٩٧

(٣) الكافي ٥ ٣٠٨ حديث ٢١ ، الفقيه ٣ ١٩٠ حديث ٨٥٦ ، التهذيب ٧ ١٨ حديث ٧٩٤ ،
الاستبصار ٣ ١٢٤ حديث ٤٤٠ .

(٤) التذكرة ٢ : ١٩٩ .

ولا يبرأ المفطر بالرد إلى الحرز ، بل إلى المالك أو بآرائه .
ولو أنكر الوديعة ، أو ادعى التلف وإن كان بسبب ظاهر ، أو نقص
القيمة أو عدم التفريط فالقول قوله مع يمينه ، وفي الرد نظر .
أما لو ادعى الإذن في التسليم إلى غير المالك فالمصدق المالك مع
اليمين ،

قوله : (ولا يبرأ المفطر بالرد إلى الحرز ، بل إلى المالك أو
بآرائه) .

قد سبق في كلام المصنف : أنه لو رد المال إلى الحرز تاركاً للخيانة لم
تعد أمانته ، ما لم يجدد^(١) الاستئمان ، كظاهرة قد يخالف ما هنا ، لأنه قد
يشك في أن الإبراء من الضمان موجب لتحديد الاستئمان ، بل قد يشك في
برأته بالإبراء ، لأن مقتضى كونه ضامناً أنها لو تلفت وجب الدل ، فيكون الإبراء
من ذلك إبراء مما لم يجب .

وعلى ما ذكرناه في الرهن ، فينبغي أن لا يبرأ بالإبراء ، وقد استشكله
المصنف هناك ، فيكون هذا رجوعاً عن التردد .

قوله : (وفي الرد نظر) .

ينشأ : من أن الأصل العدم وعموم البينة على المدعي^(٢) ، ومن أنه أمين
ومحسن ، حيث أنه قبض لمصلحة الغير فقط ، والأصل براءة ذمته ، والأصح
قبول قوله باليمين ، وهو قول الشيخ^(٣) .

قوله : (أما لو ادعى الإذن في التسليم إلى غير المالك ، فالمصدق
المالك مع اليمين) .

(١) في ذق: يتجدد .

(٢) الكافي ٧ : ٤١٥ حديث ١ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٣ ، ٥٥٤ .

(٣) البوط ٤ : ١٤١ .

فإن صدق الإذن وأنكر التسليم فكدعوى الرد .

ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء على اشكال

لأنه بالتسليم عاد حتى يثبت الادن . والأصل عنده^(١) ، فيقدم قول المكر .

قوله : (فإن صدق الادن وأنكر التسليم ، فكدعوى الرد)

أي . فيحيي في قول قوله بيمينه التردد السابق ، لأن المأذون في تسليمه يده يد المالك ، فتكون دعوى الرد إليه دعوى الرد إلى المالك ، ولمعني به ما تقدم من تقديم قوله بيمينه^(٢) .

قوله : (ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته ، فهي والدين سواء على إشكال) .

قال الشارح . إن هذا الاشكال في كيمية الصمان^(٣) ، والذي في شرح العميد : أنه في أصل الصمان ، وهو العهر من سوق الكلام في التذكرة^(٤) ، لكن سوق عبارة الكتاب يقتضي ما قاله ولد المصنف ، فانه لولا ذلك لكان قوله : (هذا إن أقر أن عنده وديعة) وقوله . (أما لو كانت عنده وديعة إلى قوله : فهي الصمان إشكال) كله فاسد الوضع لأن الإشكال إذا كان في أصل الصمان استوت هذه المسائل كلها ، فيكون قوله (هذا) وقوله : (أما .) غير صحيح ، وأيضاً من عدونه عن جعل الاشكال في الصمان إلى كونه في مساواتها للدين يشعر بذلك .

(١) في «ق» : العدم

(٢) المراد به الشيخ ، انظر . المبسوط ٤ : ١٤١ - ١٤٢

(٣) الايضاح ٢ : ١٢٣ .

(٤) التذكرة ٢ : ٢٠١ .

هذا إن أقر أن عنده ودیعة ، أو علیه ودیعة ، أو ثبت أنه مات وعنده ودیعة .

ومنشأ الاشكال . من أن الأصل بقاء الودیعة ، فإذا تعذر الوصول إلى العين وجب الانتقال إلى البدل فيقدم به ، لأن أصالة بقاء عين ماله الذي هو مختص به يقتضي الإحتصاص بدله .

ومن أن المختص به هو العين، فإذا تعذرت كان البدل من جملة الديون، إذ لا تعلق له ببعض دون بعض .

قوله : (هذا إن أقر أن عنده ودیعة ، أو علیه ودیعة ، أو ثبت أنه مات وعنده ودیعة) .

هذا المحكم الذي سبق - وهو كونها أسوة الدين ، أو تقدم مالکها بدلها - إما يكون إما أقر الميرث قبل موته بأن عنده ودیعة إلى آخره

أما الاول ، فلأن الطاهر بقاؤها في التركة إلى أن وصلت إلى الورثة ، نظراً إلى اقتضاء الإقرار وجودها وقت صدوره ، وبعد تلحقها في الزمان المتخلل بين الإقرار والموت .

وأما الثاني ، فلأن قوله عليّ ودیعة أكد في وجوب الأداء ، لأن عليّ يقتضي حقاً في الذمة .

وأما الثالث ، فلأنه إذا ثبت أنه مات وعنده ودیعة ، كان أدل على وصولها إلى الورثة ولم يعدم بقاؤها بعينها

بحلاف ما إذا قامت البينة بأنه قد كان عنده ودیعة في حياته ولم توجد ولم يعلم بقاؤها ، فإن في أصل الضمن هنا إشكال ، ينشأ : من أن الظاهر أنه قد ردها إلى المالك أو تلفت بغير تفریط ، وإلا لأقر بها عند الموت ، عملاً بظاهر حال المسلم من أنه لا يحل بالواجب ، مع أن الأصل برائة الذمة . ومن أصالة بقائها ، فإذا تعذرت العين وجب البديل ، وهذا هو المراد .

أما لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ، ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان اشكال .

قوله : (أما لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ، ففي الضمان إشكال) .

ومثله ما لو أقر الورثة بأنه قد كان عنده وديعة في حياته ، وحاول الشارح العميد الفرق بين هذه المسألة والمسائل الأخرى ، بأن الضمان في هذه أحف ، وليس بحيد ، لأن المصنف إذا ساوى بين المسائل في مجيء الاشكال كان قوله . (هذا . .) وقوله : (أما) صائغاً والذي ذكرناه أقصى ما يتكلف له .

وعلى هذا فيكون ما ذكره هنا معيناً صريحاً سابقاً ، من قوله . (أما لو قال عدي [ثوب]^(١) ولم يوجد في التركة ثوب .) .

والذي في التذكرة . أنه إذا كان عنده وديعة ومات ولم توجد في تركته ، فالذي يقتضيه النظر عدم الضمان ، والذي عليه فتوى أكثر العلماء من ومن الشافعية وجوب الضمان ، وحكى عن الشافعي : أنه إذا لم توجد بعينها حاصر المالك الغرماء ، ثم حكى عن أصحابه ثلاث طرق

أحدها : إثبات المحاصة فيما إذا كان لميت قد أقر بأن عنده وديعة أو عليه لفلان ، فإذا لم توجد كان الطاهر أنه قد أقر بدلها وأنها تلت على وجه مضمون ، بخلاف ما إذا قامت البينة بالوديعة أو أقر بها الورثة ، فإنه لا ضمان للأصل .

الثانية : أنه مع الوصية بالوديعة وعدم وحدانها ، تكن يكون في التركة من جنسها ، ويحتمل الاختلاط ، فنثبت هنا المحاصة دون ما سواه .

(١) ما بين المعطوفين لم يرد في (م) و(ق)، وإتياء من بقواعد نسائي.

ويصدق المستودع مع اليمين في تعيين المدعيين - فإن نكل غرم
للآخر -

قلت : وكان اللازم هنا القول بتقديم مالكها .

الثالثة : المحاسبة مطلقاً^(١) .

هذا محصل ما فيها ، وهو محالف لما هنا ، والذي يقتضيه النظر : أنه إن
علم بقاء عيها ولم يتميز من التركة ، قَدِّم مالكها على الغرماء بما يجب ، كمن
احتلظ ماله بمال غيره ، وإن علم تلفها بتفريط ، فهو أسوة الغرماء ، وإلا فلا
ضمان أصلاً ، وهو المفتى به .

واعلم أنه ينبغي أن يكون قول المصنف : (هذا إن أقر أن صده ودبعة)
منزلاً على ما إذا أقر بالودبعة على وجه يرتفع الاحتمال^(٢) وينتهي التقصير ، وإلا
كان ضماناً .

قوله : (ويصدق المستودع مع اليمين في تعيين المدعيين ، فإن
نكل غرم للآخر) .

إذا ادعى كل من الشخصين على ثالث أن المال الفلاني الذي بيده ودبعة
له عنده ، فأقر لأحدهما بعينه ، حكم بها للمقر له ، فيدفع ويحلف للآخر ،
فإذا حلف سقطت دعوى الآخر ، وإن نكل حلف الآخر ، فيغرم له المثل إن
كان مثلياً ، وإلا فالقيمة - وفي اعتبار كونهما وقت الحلف أو وقت الإقرار
إشكال ، يلغى إلى أن وقت الإقرار هو وقت التلف ووقت اليمين هو وقت
الثبوت - وفي التذكرة^(٣) سياق المسألة هكذا ، وذكر الإشكال ولم يرجع شيئاً .

أقول : إذا قلنا : إن اليمين المردودة كالإقرار ، فلا بحث في صحة

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٦ .

(٢) في (ق) : الاجمال .

(٣) التذكرة ٢ : ٢٠٧ .

وفي نفي العلم ، وتقر في يده حتى يثبت المالك ،

ذلك ، بناء على أن من أقر بعين لزيد ثم أقر بها لعمرو يعزم لعمرو .

وأما إذا قلنا بأنها كالبينة ، فقد يقال بحب اشترع العين من المقر له وتسليمها إلى الآخر ، لثبوت كونها له بالبينة

ويجاب : بأن كونها كالبينة إنما هو في حق المتداعيين دون غيرهما ، وقد استحقت المقر له بالاقرار ، فلا يطر استحقاقه باليمين

نعم هي بالنسبة إلى المدعى عليه كالبينة ، فاليمين تثبت كون العين للمحالف بالنسبة إلى المدعى عليه خاصة ، وحيث لم يكن في يده وقد حل بينها وبين من استحقتا بيمينه بالاقرار ، وجب العزم ، فلا يتفاوت الحال في العزم باعتبار كونها كالاقرار أو كالبينة ، إلا في شيء واحد ، وهو أنه على القول بأن من أقر بعين لزيد ثم أقر بها لعمرو لا يفترم للثاني شيئاً ، لا يعزم للآخر بيمينه ، لو قلنا باليمين المردودة كالاقرار ، لأن غايته أن يكون قد أقر له بها بعد الاقرار للأول ، وهو لا يقتضي العزم ، فلا دالة فيه ، فلا رد ولا حلف ، بخلاف ما إذا قلنا كالبينة ، فإن العزم ثابت مطلقاً

واعلم أن قول المصنف (فإن نكر عزم للآخر) محمول على حلفه اليمين المردودة ، لأن المصنف لا يرى القول بالقضاء بمجرد النكول ، والظاهر أن يمين المستودع على البت ، لأنه يدعي عليه استحقاق التفرغ

إذا تقرر هذا ، فإن الدعوى بين الآخر وبين المقر له ، فله إخلافه ، فإن نكل حلف وأحد العين ، فيرد القيمة حيث على المستودع ، لأنه استحقتا بالحيلولة وقد زالت .

قوله : (وفي نفي العلم وتقر في يده حتى يثبت المالك) .

أي : ويصدق المستودع في نفي العزم يكون العين لهما أو لأحدهما ، وحيث تقرر لعين في يده إلى أن يثبت المالك ، لأن يده في الأصل يد أمانة ،

فإن ادعيا علمه أحلفاه على نفي العلم يميناً واحدة ، ويحتمل التعدد ،

والأصل بقاءها إلى أن يثبت المالك .

ويحتمل - إن قال لهما المال لأحدكما ولا أعلمه - أن تنزع من يده بأمر الحاكم لمطالبتهما إياه ، ويضعف بأن المطالبة المقتضية للعزل هي التي يجب معها التسليم ، وهو ممتنع هنا ، فلا يكون واجباً .

قوله - (فإن ادعيا علمه أحلفاه على نفي العلم يميناً واحدة ، ويحتمل التعدد) .

لا شك أنه لو ادعى عليه كل منهما علمه بأنه المالك ، له إحلفاه على نفي العلم ، لأنه لو أقر لنفخ ، ولكن هل يحلف يميناً واحدة لهما معاً ، أم يجب لكل واحد منهما يمين ؟

يحتمل الأول ، لأن إحدى الدعوتين كادته قطعاً ، لاستحالة كون العيين ملكاً لكل واحد منهما ، وحيث لم تكن معينة حكماً بأنه يحلف لهما ، وهو قول الشيخ في الخلاف^(١) .

ويحتمل الثاني ، لأن كل واحد منهما بانفراده مدع لا يعلم كذبه ، فيندرج في عموم الحديث^(٢) ، ولكل واحد منهما أن يستقل بإنشاء الدعوى ، والأصل براءة الدمة من وجوب الاجتماع ، وإمكان كونه لهما معاً ، وهو اختيار المبسوط^(٣) ، وهو الأصح

فإذا حلف أحتمل استعمال لقرعة ، فمن خرج اسمه أحلف وسلمت العين إليه ، أو يقسم بينهما بصفين ، ذكره الشيخ في الخلاف^(٤) والمصنف في

(١) الخلاف ٢ - ١٨٦ مسألة ١٤ كتاب الرديمة

(٢) الكافي ٧ - ٤١٥ حديث ٢٠١ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٣ ، ٥٥٤ وغيرهما .

(٣) المبسوط : ١٥٠

(٤) الخلاف ٢ - ١٨٦ مسألة ١٥ كتاب الرديمة

فإن نكل أحلفا على علمه فيضمن القيمة فتجعل مع العين في أيديهما ، وإن سلم العين بحجة إلى أحدهما رد نصف القيمة إلى المودع ولم يجب على الثاني الرد ؛ لأنه استحق بيمينه ولم يعد عليه المبدل .

التحرير^(١)

قوله : (فإن نكل أحلفا على علمه ، فيضمن القيمة ، فتجعل مع العين في أيديهما) .

لأن بيمينهما افتصتا أن تكون بالاصطفاء إلى كل مخصوصه ، عالماً بأن العين له ، وبانكاره حصل حيلولة بين المستحق وحكمه ، حيث ترتب على إنكاره ونكوله يمين كل منهما ، فوجب أن يغرم القيمة ، ولما كانا سواء في اليمين لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر ، فتجعل العين والقيمة معاً في أيديهما .

وقال الشيخ : لو حلفا فيه كلاً أن أحدهما يقسم بينهما ، والثاني أنه يوقف حتى يصطلحا ، والأول أقوى ثم قد . ولو قلنا بالفرعة كان قوياً^(٢) قال المصنف في التحرير : وعندي فيه نظر^(٣) .

قلت : القول بالقسمة أوجه ، لأن التصادم في الدعوى والتساوي في الحجة يقتضي القسمة ، فلا يكون الأمر مشكلاً ليعمل فيه بالفرعة ، وإيها إنما أحلفا على علمه ليتوجه عليه غرم بقيمة ، رد لو حلفا على الاستحقاق للعين قسمت بينهما فقط ، وإما ثبت لهما الحلف كذلك لأنه المدعى به .

قوله : (وإن سلم العين بحجة إلى أحدهما رد نصف القيمة على المودع ، ولم يجب على الثاني الرد ، لأنه استحق بيمينه ولم يعد عليه المبدل) .

(١) التحرير ١ : ٢٦٨ .

(٢) المبسوط ٤ : ١٥١ .

(٣) التحرير ١ : ٢٦٨ .

ولو مات المالك سلمها الى الورثة أجمع من غير تخصيص ،
فيضمن معه .

هذا من جملة أحكام ما إذا اختلفا على علمه ، وجعلت العين والقيمة في أيديهما .

وتحقيقه : أنه إما أن لا يبازع أحدهما الآخر ويرضيا بما صار إليهما ، فلا بحث ، أو يجري بينهما النزاع ، فإذا تارعا وثبت بحجة شرعية أن العين لأحدهما بعينه - كينة ، أو يمين أحدهما مع نكول الآخر ، وهو المراد من العبارة - فإن العين بكمالها تسلم إليه .

فحيث يجب أن يرد نصف القيمة لأنه استحقها للحيلولة بينه وبين نصف العين وقد زالت ، فيجب ردّها .

وأما الثاني ، فلا يجب عليه الرد ، لأنه استحق بيمينه للحيلولة ، ولم ترل إذا لم يعد عليه المبدل ، وهو النصف الذي في يد الأول .

واعلم أن (سلم) في العبارة يعني أن يقرأ مجهولاً ، إذ الحكم ليس مبنيّاً على تسليم المستودع ، ولا مرجع للصمير إذا كان الفعل معلوماً سواء ، ولأن المقر قبل جعل العين في أيديهما ، فكيف يكون التسليم منه ؟ وأما (رد) فإنه معلوم ، وصميره يرجع إلى (أحدهما) .

قوله : (ولو مات المالك سلمها إلى الورثة أجمع من غير تخصيص ، فيضمن معه) .

أي : فيضمن مع التخصيص ، ويسلمها إليهم أجمع يجعلها في أيديهم أو في يد وكيلهم .

المقصد الثاني : في العارية : وفيه فصلان :

الأول : في الأركان : وهي خمسة :

أ : العقد . وهو كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مدة معينة ، وثمرته التبرع بالمنفعة ،

قوله : (المقصد الثاني : في العارية) .

هي تشديد الباء ، كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار ، قاله صاحب الصحاح^(١) . وقال غيره^(٢) منسوبة إلى العرة ، وهي مصدر . وقيل مأخوذة من عار يعير ، أي : جاء وذهب ، ومنه قيل لطلال : عيار لترده في بطائه ، فسميت عارية لتحولها من يد إلى يد . وقيل : إنها مأخوذة من التماور والاعتوار ، وهو تداول الشيء بين العموم ، ومن قريب الخطائي : أن لغة الغالية العارية ، وقد تخفف .

قوله : (وفيه فصلان : الأول في الأركان ، وهي خمسة الأول العقد ، وهو : كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مدة معينة ، وثمرته التبرع بالمنفعة) .

قيل عليه : إن كان قوله : (وثمرته التبرع بالمنفعة) جزء التعريف انتقض لي عكسه بأعرتك حماري لتعيرني فرسك ، ولأ انتقض في طرده بالاجارة . ويمكن أن يجاب . بكونه جزءاً ولا يرد ما ذكره ، لأن هذا الصرد من العارية مقتضاه التبرع ، وإنما جاء العوض من أمر زائد على العقد وهو الشرط ، فإنه عقد مع شرط .

ونقص بالسكنى ، والحبس ، والعمرى ، والوصية بالمنفعة

(١) الصحاح (عور) ٢ : ٧٦١ .

(٢) وهو الأزهري كما في لسان العرب (عور) ٤ : ٦١٩ .

ولا يختص لفظاً ولا بشرط القول نطقاً .

ب . المعير : ويشترط كونه مالكا للمنفعة حائز التصرف ، فلا تصح عارية العاصب ، ولا المستعير ، ولا الصبي ، ولا المجنون ، ولا المحجور عليه لسفه أو فليس ، وتصح من المستأجر ، ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه أو بوكيله .

وأجيب بما لا يدع ، والأولى أن يزداد في التعريف : مع بقاء الجوار .
ويرد عليه أن الثمرة المذكورة حاصلة بالإيجاب لا بمجموع الإيجاب والقول ، فلا تكون ثمرتهما معا .

واعلم أن كلامه في التذكرة صريح في أنه لا يشترط في العارية اللفظ ، بل يكفي ما يقوم مقام اللفظ من الكتابة والاشارة ، لأنه عقد ضعيف ، لأنه يشترط إباحة الانتفاع قل وهي قد تحصل بعير عقد ، كما لو حسن ظنه بصديقه كفى في الانتفاع عن العقد^(١) .

وقوله ها : (ولا يشترط القول نطقاً)^(٢) قد يشعر بأن الإيجاب يشترط فيه الطوق .

قوله : (وتصح من المستأجر) .

إلا أن يشترط المالك مباشرة الانتفاع بنفسه فلا يصح ، وإذا قلنا بالجواز فيجب أن لا تخرج العين من يده .

قوله : (ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله) .

لكن بشرط أن لا تخرج العين من يده .

(١) التذكرة ٢٠٢ ٢١١

(٢) في «م» و«ق» قطعا ، وقد أشتبه من حجري ، وهو الصحيح

ج : المستعير . وشرطه أن يكون معيماً أهلاً للتبرع عليه بعقد يشتمل على إيجاب وقبول ، فلا تصح استعارة الصبي ولا المحنون .

د : المستعار : وشرطه أن يكون مستفَعاً به مع بقائه كالشوب للباس ، والدابة للركوب ، والأرض للزراع والعمرس والبسة ، دون الأطعمة فإن منفعتها في استهلاكها . والأقرب جواز استعارة الدراهم والدنانير إن فرضت لها منفعة حكومية كالترزين بها والضرب على طبعها

قوله : (وشرطه أن يكون معيماً) .

يحتز به عما لو أنهم ، بأن أعار أحد هديين ونحوه ، ولو عمم فقال : أعارت جميع الناس ، فهو من المعبر فيصح

قوله (فلا تصح استعارة الصبي ولا المحنون) .

بمعنى أنه لا يترتب عليهما أحكام لعارية ، لا أن استيفاءهما للمفعة مضمون ، فلو أعارهما وشرط عليهما الصمد لم يصح إذا لم يتلقا ، هكذا ينبغي أن يفسر هذا وإن لم أظفر في ذلك بشيء بخصوصه

قوله : (والأقرب جواز إعارة الدراهم والدنانير إن فرضت لهما منفعة حكومية ، كالترين بها والضرب على طبعها) .

وجه القرب وجود المقتضي على ذلك التقدير وانتفاء المانع ، ولا وجه للمنع على التقدير المذكور ، فلا يحسن قوله (والأقرب) حيثشذ ، فكان عليه أن يترك قوله . (إن فرضت . .) ليكون وجه المصع ضعف هذه المنفعة ، وكون المنفعة المقصودة منها غالباً في الاتفاق والاحرح ، وذلك مناف للعارية .

ويرده : أن إرادة المنفعة الضعيفة بخصوصها ينبغي ما ذكر ، والأصح الجواز .

هـ : إباحة المنفعة فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولا محل ، فإن أمسكه ضمنه للمحل وإن لم يشترط عليه .

قوله : (فإن أمسكه ضمنه للمحل وإن لم يشترط عليه) .

في التذكرة : لا يحل للمحرم استعارة الصيد من المحرم ولا من المحل ، لأنه يحرم عليه إمساكه ، فلو استعاره وحب عليه إرساله وضمن للمالك قيمته ، ولو تلف في يده ضمنه أيضاً بالقيمة لصاحبه المحل وبالجزاء لله تعالى ، بل يضمنه بمجرد الإمساك وإن لم يشترط صاحبه الضمان عليه ، فلو دفعه إلى صاحبه برىء منه وضمن لله تعالى^(١) .

هذا كلامه ، وفي موضعين كتبه إشكال :

أحدهما أن وجوب الإرسال مع كون الصيد ملكاً لأدبي - وحق الأدبي مقدم على حق الله تعالى - غير ظاهر ، وبما الذي يقتضيه الدليل رده على مالكه ووجوب الجزاء لله تعالى .

الثاني وجوب القيمة للمالك المحل لو تلف في يده بغير تعد - مع عدم اشتراط الضمان - أيضاً غير ظاهر ، لأن عاية ما هناك أنها عارية فاسدة ، وكل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده ، ولأن المالك لما أعاره فقد رضي بعدم ثبوت الضمان عليه الذي هو مقتضى العارية ، فلا وجه لتضمينه .

فالحاصل : أن الذي يقتضيه النظر خلاف الأمرين ، لكن لم أظفر إلى الآن بمخالف ، فإن المصنف في التحرير^(٢) قد صرح بالثاني ، وكذا المحقق في الشرائع^(٣) .

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٩

(٢) التحرير ١ : ٢٧١ .

(٣) الشرائع ٢ : ١٧٢ .

ولو كان في يد محرم فاستعاره محل حاز ؛ لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام ، كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك .

قوله : (ولو كان في يد محرم فاستعاره محل حاز ، لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام) .

فيه نظر ، لأن الواجب على المحرم إرسال الصيد ورفع السلطنة عنه ، لا إثبات سلطنة شخص آخر عليه ، وسيأتي في عبارة الكتاب في الفروع ما يدل على خلاف ما ذكره هنا .

والذي في التذكرة خلاف هذا ، فإنه قد ^١ ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل ، فإن قلنا . المحرم يرول ملكه من الصيد فلا قيمة له على المحل ، لأنه إعارة ما ليس ملكاً له . وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحل ، لتعديه بالإعارة ، فإنه كان يجب عليه الإرسال ، وإن قلنا لا يرول صحت الإعارة ، وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده ^(١) .

هذا كلامه ، وفيه اعتراف بتعدي المحرم بالإعارة ، وهو الأصح

لكن قوله . وإن قلنا لا يزول صحت الإعارة ، وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده ، فيه نظر ، لأن صحة الإعارة مع وجوب الإرسال ورفع السلطنة مشكل ، وإثبات القيمة أشكل ، لأن العارية تقتضي عدم الضمان ، إلا أن يراد بالقيمة الجزاء لله تعالى .

[ويمكن أن يقال : إن أمر الصيد غليظ ، فربما وحب ضمانه للمالك تغليظاً وإن لم يشترط ضمانه ، وإطلاق المصوص بوجوب الجزاء لله تعالى والقيمة للمالك يقتضي الثبوت هنا ، فإن تم هذا فهو دفع للإشكال] ^(٢) الثاني من الإشكاليين السابقين .

(١) التذكرة ٢: ٢١٠

(٢) ما بين المعقوفين لم يرد في نسخة M و P و Q ، وأثبتته من النسخة الحجرية لاقتضاه السياق له .

ولا تجوز استعارة الحوري للاستمتاع ، وتجوز للخدمة وإن كان المستعير اجنبياً .

وتكره استعارة الأبوين للخدمة ، وتستحب للترفيه .

وتحرم إعارة العبد المسلم من الكافر .

فروع : أ : لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم لم يضمنه المحل ؛ لروال ملك المحرم بالإحرام ، وعلى المحرم الضمان ؛ لأنه تعدي بالإعارة لما يجب إرساله .

ب : لو قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك فالأقرب الجواز لكن لا يجب ،

قوله : (ولا تجوز إعارة الجوازي للاستمتاع ، ويجوز للخدمة وإن كان المستعير اجنبياً) .

قال في التذكرة لا يجوز استعارة الجوازي للاستمتاع على الأشهر^(١) وكأنه يريد بذلك الإشارة إلى ما يحكى من خلاف بعض العامة^(٢) في ذلك ، ومع الشافعي من إعارة الجارية الشابة للخدمة ممن لا يوثق به^(٣) ، وعدنا بجوز على كراهية منقظة .

قوله : (ويحرم إعارة لعبد المسلم من الكافر) .

هذا رجوع عما ذكره في التجارة ، إلا على بعض المحامل التي نزلنا عليها العبارة هناك .

قوله : (لو قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك ، فالأقرب الجواز

(١) التذكرة ٢ : ٢١٠ .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥ : ٢٥٦ .

(٣) المغني لابن قدامة ٥ : ٣٦٠ ، الوجيز ١ : ٢٠٣ .

وليس على واحد منهما أجره ، أما لو لم يعر الثاني فالأقرب الأجرة .

لكن لا يجب) .

وجه القرب : وجود المقتضي وانتفاء منافع ، ويحتمل العدم ، لأن مقتضى العارية عدم العوض ، فمعه تكون فاسدة .

ويُدفعه : أن المذكور شرط لا عوض ، ولا ريب أن العارية عقد يقبل الشروط التي لا تنافي مقتضاه ، وليس الشرط عوضاً ، إنما العوض ما جعل مقابلاً كهذا بهذا .

والأصح الجواز ، ولا يجب على المستعير عارية ما اشترط المعير ، للأصل ولانتفاء المقتضي .

وزعم بعض العامة أن هذا إجازة فاسدة ، وليس بجيد كما ذكرناه قوله . (وليس على واحد منهما أجره)

أي . ليس على المعير الأول ولا على الثاني أجره للأحر ، لأن بناء العارية على التبرع .

قوله : (أما لو لم يعر الثاني فالأقرب لأجرة) .

وجه القرب . أنه لم يبيع له الانتفاع مطلقاً ، بل مع الشرط ، فإذا لم يحصل كان له المطالبة بالعوض . ويحتمل بعدم ، لأن العارية لا عوض فيها وقد تحققت .

وجوابه : أنه وإن لم يكن فيها عوض ، إلا أن الإذن في الانتفاع قد حصل على وجه مخصوص ، فيستفي بانتفائه .

فإن قيل : الإذن في الانتفاع قد حصل في الجملة ، وغاية ما يقتضيه الشرط التسلط على الفسخ بدون فعله ، كما لو باع بشرط ، فإن الملك ينتقل فيه ، ومع عدم الشرط يتسلط على الفسخ ، نعم لو كان المذكور عوضاً لا شرطاً

ولو قال : أعرتك الدابة بعلقبها فهي إجارة فاسدة تقتضي أحرة المثل ، وكذا : أعرتك الدابة بعشرة دراهم .

صح ذلك ، لكن تكون إجارة فاسدة لا عارية .

قلنا : لما كان عقد العارية في غاية الضعف - ولهذا يعول فيه على قرائن الأحوال ، كالطرف الذي فيه الهدية ولقصة المبعوث فيها الطعام ، فانه يحوز أكله منها ، وكذا ثمرته في غاية الضعف ، وهي مجرد إباحة الانتفاع - انتفت ثمرته بأدنى سبب ، بخلاف العقود اللارمة أو المثمرة للملك

وأبصاراً فإن البيع مثلاً مبني على اللزوم ، وعدم فعل الشرط يوجب تزلزله وجوازه ، فظهر أثر الشرط في ذلك ، وأما العارية فإن أثر العقد هو الإباحة التي لا شيء أصعب منها ، وجوازه ثابت على كل حال ، فلا بد للشرط من أثر ، وليس إلا عدم جواز الانتفاع بكونه ، فيمنع منه إلا بعد فعل الشرط ، وبه صرح في التذكرة^(١) .

والذي ذكره الشارح حور الفسخ بدون الشرط ، فيستفي مبيع العين ، فتثبت الأجرة^(٢) . وهذا لو صح بما يؤثر فيما سيأتي ، أما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا .

قوله : (ولو قال : أعرتك الدابة بعلقبها ، فهي إجارة فاسدة تقتضي أجرة المثل ، وكذا : أعرتك الدابة بعشرة دراهم) .

ووجهه . أن لفظ العارية وإن كان حقيقة في العقد المحصوص ، إلا أن التصريح بالعرض ينافيه ، فينطبق على الإحارة من حيث المعنى ، فإن المالك لم يبذل المنفعة مجاناً ، بل بعرض ، فادّيات لمساد العقد وجب أجرة المثل لتلك المنفعة التي ألتفها .

(١) التذكرة ٢١١

(٢) إصلاح الموائد ٢٠٢٦ .

ج . لو أذن الولي للصبي في الإعارة جاز مع المصلحة .

فان قيل : هذا لا يقتضي كونها إحارة فاسدة كما ذكره المصنف ، لأن هذا الحكم ثبت مع كونها عارية فاسدة ، ولأصل في اللفظ كونه حقيقة ، والمجاز يحتاج إلى الدليل ، ومع ذلك ولعمد بالقصود ، فمع قصد العارية كيف يكون إحارة؟ فيكون عارية فاسدة ، وهو أحد وجهي الشافعية^(١)

والتحقيق أن يقال إن أراد لمصنف بقوله . (فهي إحارة فاسدة) أنها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعة مقابلة بعوض ، ومن حيث الحكم باعتبار وجوب أحرة المثل - إذ المالك لم يبدل المنفعة مجاناً ، وامتناع معنى العارية هاهنا لانشاء الترع بالمنفعة الذي مدار العارية عليه - فهو حق

وإن أراد أن لفظ العارية مراد به الإجارة البتة ، ولا يقع على هذا التفسير اسم العارية الفاسدة ، فليس ركضك ، ومن أين يعلم هذا والأصل في الاستعمال [الحقيقة^(٢)] والعمود تابعة للقصود؟ نعم شبهه بالإجارة الفاسدة أكثر ، ففعل المصنف أراد هذا المعنى ، فيدفع الإشكال عن كلامه .

واعلم أن صاحب الشرائع^(٣) ذهب إلى جواز الإجارة بنفط العارية ، فإذا ضغطت المنفعة والعوض وقصد باللفظ الإجارة محاراً صح عبده ، إلا أنه يقصد الإجارة يحرج عما نحن فيه ، وسيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى .

قوله : (لو أذن الولي للصبي في الإعارة جاز مع المصلحة) .

لا شك في الجواز مع المصلحة ، ولعمرة حيثنذ يادن الولي لا بعبارة

الصبي .

(١) كفاية الاختيار ، ١٨١

(٢) لم ترد في دم واقية ، وأثبتناها من الحجري والمفتاح ٦ ٥٩ عن جامع المقاصد ، وهو الصحيح

(٣) شرائع الاسلام ٢ ١٧٩ .

د . تحوز استعارة الفحل للصراب ، والكلب للصيد ، والسنور والفهد ، واستعارة الشاة للحب وهي المنحة ، وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده وكذا غيرها .

الفصل الثاني: في الأحكام وهي أربعة :

الأول: الرجوع . العارية عقد حائر من الطرفين ، إلا إذا أعار لدفن ميت فيمنع بش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون ، فلورجع في إخذ الساء أو الغرس قبلهما وح الامتنع ، فإن عرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً والمطالبة بالأجرة وطمه الحفرة:

ولو رجع بعد الساء أو الغرس أو الزرع فالأقرب جواز إجابته ، لكن

قوله : (وكذا يحوز استعارة غير الشاة للحب من الأنعام وغيرها)

أي . وكذا يحوز استعارة غير الشاة للحب من الأنعام وغيرها
قوله (الفصل لثاني . في الأحكام ، وهي أربعة : الأول الرجوع :
العارية عقد حائر من الطرفين ، إلا إذا أعار لدفن ميت ، فيمنع
تبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون) .

لما في البش من هتك حرمة المسلم ، قال في التذكرة : ولا تعلم فيه
خلاً^(١) . ولا يخفى أن المرحع في اندراس أثر المدفون إلى الطن العالب .

قوله : (فان غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً)

وله المطالبة بالقلع ، ويجبر عليه أعراس ، لأنه حينئذ عاصب .

قوله : (ولو رجع بعد ساء أو العرس أو الزرع ، فالأقرب إجابته

بشرط دفع أرش العرس والزرع ولو قبل إدراكه ،

- لكن بشرط دفع أرش العرس والزرع - ولو قبل إدراكه (

مقتضى إطلاق العبارة تناول ما إذا كانت العارية مطلقة ، وأما إذا كانت مؤقتة بأمر معين في كل من الساء والعرس والزرع ، فيكون عدم الإحالة - وهو مقابل الأقرب - محتملاً في كل من الصور .

وقد صرح الشارح بأن الخلاف بما هو فيما إذا أعاره للساء أو لعرس مدة معينة ثم رجع قبل انقضاءها ، وأعاره للزرع ثم رجع قبل إدراكه ، أما ما عدا ذلك فإن للمعير الرجوع إجماعاً^(١)

وكلام الشيخ في المبسوط في العارية^(٢) وكذلك في إندريس في السرائر^(٣) مصرح بالجمع من الرجوع في الموصفين^(٤) لمذكورين خاصة ، لكن هذا لا يدل على ما ادعاه من الإجماع

ولا ريب أن ظاهر عبارة المصنف هنا وفي الصلح عدم الفرق ، بل كلامه في الصلح أدل ، حيث أنه عرض المسألة التي هي موضع الخلاف في الساء ولم يذكر العارية للزرع ، بحيث يحتمل اختصاص الإحتمال به

(١) انصاح الفوائد ٢ - ١٢٦ ، وما هنا مضمون كلام الشارح لا يسه

(٢) في المبسوط ٣ - ٥٥ - ٥٦ قال الشيخ في حكم ما ذكره كانت عارية العرس مؤقتة بأمر معين (فأما إذا أدل له إلى سنة ثم رجع قبل مضي السنة وهلك المبلغ من غير أن يضمن لأرش فلا يلزمه القلع إلا بعد الصمان بلا خلاف) ، وهو مخالف لما ذهب إليه لا يحير على القلع سواء ضمن أم لم يضمن وفي المفتاح ٦ - ٦٢ نقل قول الشيخ من دون لفظ (إلا بعد الصمان) وبعده اختلاف في النسخ فتأمل

(٣) السرائر ٢٦٣ وقال السيد العاملي في المفتاح ٦ - ٦٢ - ولم يصرح في السرائر بالجمع في صورة لتوقيت كالمبسوط ، والموجود فيها أنه يجبر المستعير على القلع في البناء والعرس من دون فرق بين الإطلاق وتوقيت

(٤) قال السيد العاملي في المفتاح ٦ - ٦٢ وعسى بهما زرعه قبل إدراكه ، وما إذا كانت عارية البناء والعرس مؤقتة بأمر معين -

وشرح الشارح هناك بما يقتضي تعميم الخلاف ، حيث قال : وقال الشيخ^(١) وابن البراج^(٢) ليس له لرجوع بعده ، لأن إذنه اقتضى البقاء والدوام ، وفي القلع إصرار به ، فلا يملك المعير ذلك ، كما لو أعاده أرضاً للدفن^(٣) هذا كلامه .

وجه القرب : أن سوء العارية على الجواز والثبوت يحتاج إلى دليل ، وهو متف ، واللزوم في الدفن خرج بالاحتماع ، والقياس باطل مع وجود الفارق ، فإن هتك حرمة المسلم لا يدل لها ، بخلاف ما يتلف من المال بالقلع ، فإن له بدلاً .

فإن قيل الدليل قوله عليه السلام ولا ضرر ولا ضرار^(٤) .

قلنا : هو مشترك بين المعير والمستعير ، والضرر لا يدفع بالضرر ، مع أنه إذا دفع الأرض حصل الجمع بين الحقيقين ، لكن إنما يحاب إلى إزالة ما فعله المستعير إذا دفع الأرض للغرس والبناء والزرع .

وترك المصنف ذكر البناء اكتماء بين حكم العرس والزرع ، ووجهه : أن كلاً منهما محترم صدر بالادد ، فلا يجوز إتلاف شيء فيه مجاًناً ، وهذا رجوع من المصنف عن الاشكال الذي ذكره في الصلح إلى الجزم ، وهذا هو الأصح .

واعلم أن قوله (ولو قبل إدراكه) وصلي لقوله : (فالأقرب إجابته)

(١) المبسوط ٢٠٢ : ٢٩٧

(٢) نقله عن العلامة في المختلف : ٤٤٨ .

(٣) إيضاح العوائد ٢ : ١٠٧ .

(٤) الكافي ٥ : ٢٩٢ حديث ٢ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٤ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٧ .

والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة أو لإبقاء بالأجرة على التراضي
منهما .

بالنسبة إلى كل من الزرع والغرس ، وحاول به التبيه على رد خلاف الشيخ^(١)
وابن إدريس^(٢) ، المذيعين من الرجوع في مأرية للزرع قبل إدراكه ، لأن له
امداً ينتظر ، فلا يجوز له الرجوع قبله .

إن قيل أي معنى لثبوت الأرض بعد الإدراك ، فانه حيث يطلب إزالته
ولو لم يزل النقص بعدم الإزالة والأرض موصية سالف .

قلنا لم يحكم المصنف بثبوت الأرض في هذا المرد ، وإنما حكم
ثبوت الأرض وأطلق ، ولما كان الأرض عبدة عن عوض ما يتلف بالإزالة ،
وحب اختصاصه بما عدا ما يلحق بغيره إرادته ، والآ لكان بمعرض النقصان

قوله : (والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة أو الإبقاء بالأجرة على
التراضي منهما) .

حالف الشيخ^(٣) وابن الحميد^(٤) في ذلك ، حيث قالوا بأنه إذا دفع صاحب
الأرض قيمة الغرس ، أجزر صاحب الغرس على أحده ، ويمتلك صاحب
الأرض الغرس ، لأنه لا ضرر عليه

وهو ضعيف ، لأن نقل المثل من مثلك إلى آخر لا يكفي فيه عدم
النصر ، بل لا بد من التراضي ، وكذا الإبقاء بالأجرة ، لأن استحقاق العوض
في مقابل المنفعة إما يكون بالتراضي ، ولأصح مختار المصنف

(١) المبسوط ٣ ٥٥ - ٥٦

(٢) السرائر: ٢٦٣

(٣) المبسوط ٣ ٥٥

(٤) نقل قوله من المحققين في إيضاح الفوائد ٢ : ١٢٧

ولو رجع في عارية الحذر لوضع الحشب قبله حاز ، وبعده على الأقوى ، فيستفيد التخيير بين طلب الأجرة للمستقبل مع رضى المستعير ، وبين القلع مع دفع أرش النقص وإن أدى إلى خراب ملك المستعير لكون الأطراف الأخر مبنية عليه على أشكال

قوله : (وبعده على الأقوى ، فيستفيد التخيير بين طلب الأجرة للمستقبل مع رضى المستعير ...)

قد سبق أن الأصح أن به الرجوع مطلقاً مع الأرض ، ومعنى قول المصنف : (فيستفيد التخيير) أن المعير يستفيد برجوعه تخيير الشارع إياه بين الأمرين

قوله : (وإن أدى إلى خراب ملك المستعير ، لكون الأطراف الأخر مبنية عليه على أشكال)

أي على ملك المستعير ، ولعل ذكر هذا الفرع هو السبب في إعادة المسألة التي قبله ، إذ قد سقت في الصالح .

ومشأ الاشكال من أن جور الرجوع مشروط بما إذا لم يستلزم التصرف في ملك المعير (وتخریب بیائہ الوقع فی ملكه ، فإن الثابت له هو تفريغ ملكه من ملك الغير ، لا تخریب ملك المعير^(١))

ومن أن ذلك مما يتوقف عليه التفريع لذي هو حق للمعير ، ولا يتم إلا به ، فهو مقدمته ، والمستعير هو يدي أدخل الضرر على نفسه ، ببيائه في ملكه بناء معرضاً للزوال بالرجوع في العارية التي هي مبنية على الحواز. والأول مختار الشيخ^(٢) وابن إدريس^(٣) ، والأصح الثاني

(١) ما بين القوسين لم يرد في ٢٥

(٢) الميسوط ٢٩٧ و ٢٩٣ و ٥٦

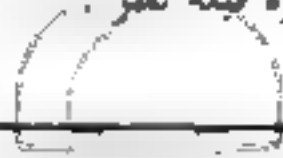
(٣) السرائر ٢٦٣

ولو انهدم الحائط ، أو أزال المستعير الحشب باختياره أو باكره ، أو انقلعت الشجرة لم يملك اعادته ، سواء بس الحائط بآلته أو بغيرها ما لم يجدد الإذن .

فروع

أ - لو رجع في الإعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز .

ب : لو رجع قبل العرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجاناً على أشكال ، وفي استحقاق الأجرة قبله نظر .



قوله : (فروع . أ ، لو رجع في الإعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم حاز) .

لأنه لا يستلزم البش المحرم ، وأجرة الحفر حيث تئت على ولي الميت ، أما الطم فانه على صاحب الأرض ، لصدوره بإدنه

قوله : (ب : لو رجع قبل الغرس ، فلم يعلم حتى غرس ، جاز له القلع مجاناً على أشكال) .

ينشا : من التردد في نفوذ الرجوع قبل نعلم ، وسيأتي ان شاء الله تعالى تحقيقه في الوكالة .

والأصح أنه لا ينفذ ولا يخاطب به إلا بعد العلم ، إذ لو نفذ لكان ممنوعاً من الغرس وعادياً ، وهو يفتضي تكليف بما لا يطاق ، إذ يستلزم حطاب الغافل ، فحينئذ لا بد من الأرش .

قوله : (وفي استحقاق الأجرة قبله نظر) .

أي : قبل القلع أو قبل العلم ، ولأول أوقع ، لأن السياق يقتضي كون

ولو حمل السيل نواة فستت في أرض غيره أجبر المالك على القلع ،
والأقرب أن عليه تسوية الأرض لأنه قلعه لتحليص ملكه ،

هذا من أقسام ما إذا لم يعلم بالرجوع حتى غرس ، ومنشأ النظر هو منشأ
الاشكال ، فان الرجوع إن بعد كان تصرفه في ملك الغير بغير إذن ، فتجب
الأجرة ، وإلا فلا بحث ، ولأصح عدم الوجوب .

قوله : (ولو حمل السيل نواة فستت في أرض غيره ، أجبر المالك
على القلع) .

لو حمل السيل نوى شخص أو حقه إلى ملك آخر فستت في أرضه ، فهو
باق على ملك ماله ، ولصاحب الأرض مطالبة بالإزالة ، يجب عليه ، لأن
ملكه قد شغل أرض غيره بغير حق ، فيجب تحليصه منها ، ولا أجرة عليه على
الظاهر إذ لم يقصر في القلع ، وهذا إذا لم يكن النوى والحب معاً عرضاً عنه
المالك وطرحه ، فان كان كذلك فهو تملكه ولصاحبه الرجوع فيه ، ولو جهل
المالك مع عدم تحقق الإعراض ، فهو مال مجهول المالك .

قوله : (والأقرب أن عليه تسوية الأرض ، لأنه قلعه لتحليص ملكه) .

وجه القرب : أن الحضر أمر واحد عليه ، لمحض تحليص ملك الغير
وتخليته من ملكه ، حيث أنه شعبه بغير حق فوجبت التسوية .

ويحتمل ضعيفاً لعدم ، لأن التحليص عائد على صاحب الأرض أكثر

ويرده : أنه وإن كان كذلك ، إلا أن ذلك الحق لصاحب الأرض ، فان
شغل أرضه لما كان بغير حق ، وجب أن يكون رفع ذلك واجباً على مالك
النوى ، وما يحدث من الضرر عليه إزالته ، وهو الأصح .

ولا يحى أن تعليل المصنف ليس بجيد ، لأنه مشترك بين صاحب
الأرض والنوى ، فلا يستلزم ما ادعاه .

ولصاحب الأرض الإزالة مجاناً .

ج : لو رجع في اذن الررع وقد سع القصيل وجب قلعه مجاناً ؛
لانتفاء الضرر ، ومع الضرر الأرض .

د : لو شرط القلع عند الرجوع محدداً وتسوية الحفر ألزم الوفاء ولا
أرض ، وإن شرط الأول لم يكلف المستعير لتسوية

هـ : لو لم يشترط القلع فأراد المستعير منه ذلك ، وهل عليه
التسوية ؟ اشكال ينشأ من أنه كالمأذون في القلع بأصل الإعارة ، ومن
أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت

قوله : (ولصاحب الأرض الإزالة مجاناً)

لما قلناه : من أن شغل ملكه يهين بحق

قوله (لو رجع في الإذن وقد سع لقصيل وجب قصله مجاناً ،
لانتفاء الضرر ، ومع الضرر الأرض)

هذا إذا كان ذلك النوع من الررع مما يعتاد قصله ، سواء حصل بقصله
ضرر ونقصان أم لا ، لكن مع انتفاء ضرر لا أرض ، ومعه يجب الأرض ، أما
لو لم يكن ذلك النوع معتاداً قصله ، فالأقرب أن حكمه في القلع والتنقية حكم
الرجوع في الغرس ، وفقاً للمصنف في التذكرة^(١) ، حملاً للإطلاق على العادة
الغالبية .

قوله : (لو لم يشترط القلع فأراد المستعير ، فله ذلك ، وهل عليه
التسوية ؟ إشكال ، ينشأ من أنه كالمأذون في القلع بأصل الإعارة ، ومن
أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت)

لو قيل في توجيهه لاشكال غير هذا لكن أوجه ، وتحقيقه . أن الإذن في

و يحوز للمعير دخول لأرض ، والانتفاع بها ، والاستغلال بالبناء والشجر ، وكل ما لا يضر الباء والعرض ، وللمستعير الدخول لسقي الشجر ، ومرة البناء دون التفرج .

الزراع إذن في توابعه التي من حملتها انقطع ، ومتى كان القلع ماذوناً فيه من المالك لم تجب النسوة ، ووجه لوجوبه أنه قد أحدث في أرض الغير حدثاً باختياره ، فحب عليه إصلاحه .

ولقاتل أن يقول . لا سلم أن الإذن في الزرع يقتضي الإذن في القلع ، ولا دليل يدل على ذلك ، فيكون القلع محسباً جناية غير مأذون فيها ، ولا ريب أن المسألة محل تردد ، فالحق فيها من الموقوفين

ومثله ما لو نقصت الأرض بالقلع ، فإن في وجوب الأرض الإشكال

واعلم أن قول المصنف (لو لم يشترط القلع) يشعر بأنه لو اشترط لم يجب عليه النسوة ، وهو كذلك ، لأن لقلع حيث مأذون فيه ، فلا يكون ما أحدث بسبه مضموماً .

قوله . (يحوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها ، والاستغلال بالبناء والشجر ، وكل ما لا يضر البناء والعرض) .

أي . ويجوز له كل ما لا يضر البناء والعرض ، لأن ذلك كله تصرف في ملكه ، أما التصرف في البناء والعرض فلا يجوز .

قوله : (وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرة البناء دون التفرج)

أما السقي فإنه من ضرورات العرض ، ومثله سقي الزرع ، وأما مرة البناء فليس تحديداً ليتوقف على الإذن ، وهي تركه إضاعة المال المهي عنها ، بخلاف التفرج ، فإنه غير مأذون فيه .

قال في التذكرة . لو تعطلت المنفعة على صاحب الأرض بدخوله ، لم

ز : لكل من المستعير والمعير بيع منك من صاحبه ، ومن اجبي .

ح : لو أعاره للغرس مدة معينة فله الرجوع قبله ، وقبل انقضائها مع الأرض ، وهو التفاوت بين كونها قائمة إلى المدة ومقلوعة قبل انقضائها ،

يمكن منه إلا بالأجرة ، جمعاً بين حفظ المدين^(١)

قوله : (لكل من المعير والمستعير بيع منك من صاحبه ومن

جنبي) .

منع بعض العامة من بيع لمستعير ملكه ، لأنه في معرض النقص ولهدم وليس شيء ، فان الحيوان المشرف على التلف يحور بيعه ، وكذا المستحق للقتل قصاصاً ، ومتى كان المشتري جاهلاً بالحال فله الحبر ، بخلاف ما إذا كان عالماً ، ويرى مرة المستعير

ويحور بيعهما معاً باتفاقهما . والمعير والمستعير وحيد فيوزع ثمنه على أرض مشغولة بالعراش أو البناء على وجه الإعارة ، مستحق للقلع مع الأرض ، أو الإنشاء مع الأجرة إذا بئكه بأقيمة مع التراخي فيهما ، وعلى ما فيها من بناء أو عرس مستحق للقلع على أحد الأنحاء ، فحصة الأرض للمعير وحصة ما فيها للمستعير

قوله (لو أعاره للغرس مدة معينة ، فله الرجوع قبله وقبل انقضائها

مع الأرض) .

لتقييد بالأرض مخصوص بما إذا رجع قبل انقضاء المدة ، لأنه إذا رجع قبل الغرس لا نقص حيث بسب الرجوع عن عرس لمستعير تدارك الأرض .

قوله : (وهو التفاوت بين كونها قائمة إلى المدة ومقلوعة قبل

انقضائها) .

وله الرجوع بعدها ، ولإلزام بالقلع محناً .

إنما اعتر في الأرض تقويمها قائمة إلى المدة المعينة وتقويمها مقلوعة ، لأن بقاءها إلى المدة مستحق إلى أن يبدل الأرض ، ومن ثم تقوم قائمة على حالها ، ومقلوعة فيما إذا أعار للغرس مثلاً وأطلق ، لأنها مستحقة للإبقاء مطلقاً إلى أن يبدل الأرض ، وقبله لا يحوز قلعها .

ومن توهم أن الأرض لا بد فيه من تقويمها قائمة بالأجرة ، فقد علط قطعاً ، إذ لا أجرة حيث .

قوله . (وله الرجوع بعدها والإلزام بالقلع محناً)

أي بعد المدة المسترصة ، لأن زمان العارية ينتهي بانتهائها ، وحيث فيكون شغل أرض المغير بها غير مستحق ولا إذن ، فيستحق الإزالة

وهي المذكورة فصل تفصيلاً آخر .^(١) أنه إن شرط القلع بعد المدة أو نقض الباء وحجب ولا أرض^(٢) ، عملاً بالشرط ، وكذا لا يجب على المستعير طم الحفر ، فلادن فيه الحاصل بالشرط . وإن لم يكن شرط عليه القلع واختاره المستعير كان له ذلك ، والأقوى عنده أن عليه تسوية الأرض ، لأنه أحدث في أرض المغير^(٣) حدثاً باختياره . وإن لم يحتر القلع وأراد به مغير ، فلادن من الأرض^(٣) هذا محصل كلامه ، وهو مخاف لما هنا .

والذي يظهر من مطاوي كلامه : أن فائدة تعيين المدة في العارية ، أن للمستعير تحديد الغرس مثلاً في كل يوم ، إلى انقضاء المدة ، فبعده لا يجوز . والظاهر أن ما اختاره هنا هو الصواب ، لأن تأقيت مدة العارية يقتضي انقضاءها بعد انقضاءها .

(١) في قوله : لا يجب الأرض

(٢) في قوله : المغير

(٣) التذكرة ٢ ٢١٢

ولا فرق بين الغرس والزرع على اشكال يشأ : من أن الغرس والبناء للتأيد ، وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها

الثاني: الضمان : العارية أمانة لا بصمناها المستعير إلا بالتخريط في الحفظ ، أو التعدي ، أو اشتراط الضمان ،

نعم لو صرح في العقد بكون التأقبت لتحديد التصرف فقط لا لمدة العارية ، كان ما ذكره في التذكرة متجها

قوله : (ولا فرق بين الزرع والغرس على اشكال ، يشأ : من أن البناء والغرس للتأيد ، وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها) .

أي لو أعار للزرع مدة وجبة فأنصت ولما يترك ، فهل يكون الحكم كما سبق في الغرس ، وهو وجوب القلع مجانياً أم يفرق بينهما ، فيكون الحكم في الزرع كالحكم فيما لو أعار للغرس ولم يقيد بمدة ، فيجب الأوش إذا أراد القلع؟ في الفرق وعدمه أشكال .

ينشأ من أن الساء والغرس للتأيد ، فيمكن التأقبت فيه بأي مدة أراد المعير ، لعدم تماوت الأزمنة بالنسبة إليه ، بخلاف الزرع ، فإن له مدة تنتظر ، فلا يعتد بالتأقبت القاصر عنها .

ومن أن الناس مسلطون على أموالهم ، والمسلمون عند شروطهم ، ولم تصدر الإباحة من المالك إلا إلى الأمد المحصور ، وقد دخل المستعير على القلع عند انقضاءه ، فيجب الوفاء ، وهو الأصح . وصعب الأول ظاهر .

ولا يخفى أن موضع الاشكال ما إذا لم يكن عدم إدراك الزرع مستنداً إلى تقصير المستعير ، فإن أحر باختياره حتى صاق نوقت وجب القلع مجانياً قطعاً .

قوله : (الثاني الضمان ، العارية أمانة لا بصمناها المستعير . .)

أو كانت ذهباً أو فضة وإن لم يشترط الضمان إلا أن يشترط سقوطه .
وفي دخول المصوغ نظر ،

العارية أمانة باجماع عمدائنا ، والنصر من أهل البيت عليهم السلام^(١) ،
إلا في مواضع منها التعدي أو تنفريط في الحفظ وهو ظاهر ، ومنها : ما إذا
اشترط الضمان بالنصر^(٢) ولاجماع ، ومنها - عارية غير المالك فإنها غصب
في الحقيقة ، ومنها - عارية نصيب للمحرم - فإن إمساكه حرام عليه ، فيكون
متعدياً وضامناً ، وهذا ظاهر بالنسبة إلى حق الله تعالى ، أما بالنسبة إلى حق
المعير الذي هو المالك ففيه الكلام السابق - ومنها : عارية الذهب والفضة كما
سيأتي إن شاء الله تعالى

قوله . (أو كانت ذهباً أو فضة وإن لم يشترط الضمان ، إلا أن
يشترط سقوطه) .

إذا كان الذهب أو الفضة دباير أو دراهم فلا خلاف في ضمانها ،
والنصوص^(٣) في ذلك كثيرة ، إنما الخلاف في المصوغ منهما ، وهذا إذا لم
يشترط سقوط الضمان ، أما مع شرائطه فإنه يسقط قطعاً ، للنصر^(٤) ، ولوجوب
الوفاء بالشرط .

قوله : (وفي دخول المصوغ نظر) .

لا شبهة في دخول المصوغ من الذهب والفضة في مسامهما ، إنما
الكلام في دخولهما في الحكم ، فكأنه أراد أن في اندراجهما في الحكم
بالضمان نظراً ، يشأ من تحيل تعارض النصوص .

(١) الكافي ٥ : ٢٣٨ باب ضمان العارية والثديعة ، تهذيب ٧ : ١٨٢ باب العارية

(٢) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث ١ - ٣ ، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث ٨٠٤ ، ٨٠٦

(٣) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث ٢ ، ٣ ، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث ٨٠٤ ، ٨٠٦

(٤) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث ٣ ، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث ٨٠٦

فان في حسنة ررارة عن الصادق عليه سلام في كون العارية مصمونة :
« جميع ما استعرت فتوى^(١) فلا يلزمك نوره ، إلا بذهب والقصة فانهما
يلزمان^(٢) » الحديث .

وفي صحيحة ابن مسكان عن الصادق عليه السلام « لا تضمن العارية
إلا أن يكون اشترط فيها ضماناً ، إلا بدناير وبها مصمونة وإن لم يشترط فيها
ضماناً^(٣) » وحسنة عبد الملك عنه عليه السلام^(٤) مثلها ، إلا أن الاستثناء فيها
للدراهم .

والتحقيق أنه لا تعارض ، لأن استثناء الذهب والقصة في الرواية
الأولى يقتضي ثبوت الضمان في هذين الحسنيين ، لأن اللام فيهما للحسن ،
واستثناء الدراهم والدناير في الروايتين الأخيرتين يقتضي كون المحرّج من
العموم الدراهم والدناير ، فيبقى العموم فيما عداهما بحاله ، فيحرج منه
الحسان من حيث هما ذهب وقصة ، لأنهما أحص من هذا لعموم مطلقاً ، ولا
تعارض بين العام والخاص .

وم ذكره الشارح - من أن الدراهم والدناير أحص من الذهب والقصة ،
فيحصان بهما ، وتكون الدراهم والدناير محصوصين للعموم^(٥) - لا محصل
له ، ولا ينطبق على القوايين ، لأن استثناء لذهب والقصة تارة واستثناء الدراهم
والدناير تارة أخرى ، لا يقتضي أكثر من أن أحد المحصنين أعم من الآخر
مطلقاً ، فيحص بكل منهما ، لأن أحدهما يحص بالآخر

(١) قال الجوهري في الصحاح (توى) ٦ ٢٢٩٠ وتوى - مقصور - هلاك المال

(٢) الكافي ٥ ٢٣٨ حديث ٣ ، التهذيب ٧ ١٨٣ حديث ٨٠٦ .

(٣) الكافي ٥ ٢٣٨ حديث ٢ ، التهذيب ٧ ١٨٣ حديث ٨٠٤ ، الاستبصار ٣ ١٢٦ حديث ٤٤٨ .

(٤) التهذيب ٧ ١٨٤ حديث ٨٠٨ .

(٥) إيضاح الفوائد ٢ ١٣٠

أو استعار من المستعير ، أو صيداً في الحرم ، أو كان محرماً

وما توهمه بعضهم - من أن أحدهم مطلق والآخر مقيد ، فيحمل المطلق على المقيد - ليس بشيء أيضاً ، لأنه إذا أخرج من العموم الدينارين والدراهم في لفظ ، وأخرج الذهب والفضة في لفظ آخر لم يكن بينهما منافاة ، لأن إخراج الأمر الكلّي إخراج لبعض أفراده ، كما أن إخراج البعض لا ينافي إخراج الكل .

فإن قيل : المناقاة حاصلة ، لأن الاستثناء إذا دل على أن المحرّج ليس الدراهم والدينارين ، نافي أن يكون المحرّج الذهب والفضة ، فيجمع بينهما محمل الذهب والفضة على الدراهم والدينارين

فلما - الاستثناء وإن دل على ذلك - إلا أنه يقتضي بقاء العموم فيما عداهما ، والاستثناء الآخر يقتضي بقاء عدا الذهب والفضة ، والأصل فيهما إرادة الحقيقة ، وحملهما على المجاز خلاف الظاهر ، ولا شك أن العدول بهما عن الحقيقة أبعد من استعمال اللفظ مجازاً في الأفراد الأقل ، وهذا معشاة : قام القوم إلا الشجاع منهم مع قام القوم إلا ريذاً ، وهو أحد الشجعان .

والأرجح الضمان ، فيدخل المصوغ ، ويؤيده عموم د على اليد ما أحلت حتى تؤذي^(١) .

قوله : (أو استعار من المستعير صيداً في الحرم أو كان محرماً) .

يرد عليه ما سبق من الإشكال ، إلا أن يريد به بالاصطافاة إلى حق الله تعالى ، لكنه خلاف ما صرح به

فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان شيئاً وإلا فالقيمة يوم التلف .
ويحتمل أعلى القيم من حين الصمان إلى حين التلف
ويجب رد العين مع الطلب والمكّة ، فإن أهمل معهما ضمن
ولو تلفت بالاستعمال كثوب انمحق بالبس فإشكال ينشأ : من
استناد التلف إلى مآدون فيه ، ومن انصرف الإذن غالباً إلى استعمال غير
متلف ،

قوله . (فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان شيئاً ، وإلا فالقيمة
يوم التلف ، ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف)
وجه الأول أن الواجب مع تمام العين ردّها دون القيمة ، وإنما يستقل
إليها حين التلف ، لتعذر ردّ العين حينئذٍ ، فيتحب قيمتها حين التلف ، فهي قول
المصنف (يوم التلف) توسع ، وهذا هو الأصح كما سبق بيانه غير مرة
وجه الثاني كون كلّ واحدة من قيم المتعددة هي محل كون العين
مضمونة (فتكون مضمونة)^(١) إذ معنى ضمان كونها لو تمت تحب تلك
القيمة .

وهناك ثالث وهو وجوب قيمته حين الصمان ، لأنها ثبته أول أوقات
صيرورته مضموناً - على معنى وجوبها لو تمت - فيبقى ، وقد سبق تنقيح مثل
هذا البحث في البيع .

قوله . (ولو تلفت بالاستعمال ، كثوب انمحق بالبس فإشكال ،
ينشأ : من استناد التلف إلى مآدون فيه ، ومن انصرف الإذن غالباً إلى
استعمال غير متلف) .

(١) ما بين القوسين لم يرد في (٢)

فإن أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم ، وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت ، أو استعمالها ثم فرط فإنه يضمن القيمة يوم التلف ؛ لأن النقص غير مضمون على اشكال .

لقائل أن يقول : إن وجهي الاشكال لا يتعلقان بمسألة واحدة ، لأن استعمال المتلف إما أن يكون بحيث يتأوله الاذن - فيكون مادوناً فيه - أو لا ، فعلى التقدير الأول لا يجيء الوجه الثاني ، وعلى الثاني لا يجيء الأول .

ويمكن بيانه بطريق آخر ، وهو أن يقال : منشأ الاشكال . من دلالة ظاهر الاذن في الاستعمال على تحوير كل استعمال ، ومن أن الغالب في الاستعمال ما لا يكون مثلاً ، فيحمل الاطلاق عليه .

والذي يقتضيه النظر : أن لاستعمال المتلف متى كان بحيث يتأوله عقد العارية لا يستعقب ضماناً واختاره في التحرير^(١) ، وفيه قوة

نعم لو شك في تناول اللطخ إياه فالصمان قوي ، ولا استبعد أن يكون من صور الثاني مالو اذن في لبس الثوب ولم يرد ، بخلاف مالو اذن في كل لبس أو في لسه دائماً ، لأن إذنه في لسه في الجملة لا يقتضي الاذن في كل لبس قوله : (فان أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم) .

أي : فان أوجبنا الصمان في لصورة السابقة - حملاً للإذن في الاستعمال على استعمال غير متلف - ضمنه بقيمته آخر حالات تقويمه قبيل التلف ، لحمل الاذن على كل لبس غير متلف ، والصمان متف إلى حين التلف .

قوله : (وكذا لو شرط الصمان ، فنقصت بالاستعمال ثم تلفت ، أو استعمالها ثم فرط ، فإنه يضمن القيمة يوم التلف ، لأن النقص غير مضمون على إشكال) .

وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة ، فلو نقص من العين شيء ، أو تلف بالاستعمال فلا ضمان ، إلا أن يشترط ذلك في العارية .

أي : وكذا لو شرط المعير ضمان العين لو تلفت ، فنقصت بالاستعمال المأذون فيه ثم تلفت ، فانه يصير قيمة يوم التلف خاصة ، لأن النقص بفعل مأذون فيه ، فلا يكون مضموناً على إشكال ، ومثله ما لو استعملها بالاذن ثم فرط في حفظها ، فصار ضامناً ثم تلفت ، فان الاشكال انت

ومشأ الاشكال : من استداد النقص إلى فعل مأذون فيه فلا يكون مضموناً ، ومن انها عين مضمونة بالإشترط والتفريط ، فيكون ذلك النقص مضموناً وهي رواية (١) وهب - وهي صعبة لـ (٢) - ما يقتضي الضمان .

والتحقيق أن نقول . إن الضمان للأحرار في لعارية التي فرط فيها بعد أن نصت لأحرار بالاستعمال المأذون فيه - مع أن النقص بالاستعمال غير مضمون إذا رد العين - لا وجه له .

أما العارية المضمونة ، فقد تعارض فيها . تصميم الأحرار الذي هو مقتضى تصميم العين ، والإذن في الاستعمال الذي هو مقتضى لكون أسواع لاستعمال المأذون فيها لا يتعلق بها ضمان ، وهو محل التردد .

ولا أستبعد الضمان ، لأنه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص ، ولأنه لا منافاة بين كون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً ، وهذا قوي جداً .

قوله : (وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة ، فلو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان ، إلا أن يشترط ذلك في العارية) .

لا يحفى أن هذا صاف لم سق في كلامه من الاشكال في كل من المسألتين ، والصوى على ما قدمناه ، ولو حملت العارة السابقة على استعمال

(١) الكافي ٥ ٣٠٢ حديث ٢ ، التهذيب ٧ ١٨٥ حديث ٨١٤ ، الاستبصار ٣ ١٢٥ حديث ٤٤٥

والمستعير من المستأجر ، والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك .

ولو استعار من الغاصب عالماً بالغصب فللمالك الرجوع على من شاء بالأجرة وأرض النقص ولقيمة لو تلت ، ويستقر الضمان على المستعير ، ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع ، إلا أن يكون هناك ذهب أو فضة فإن الأقرب الضمان على المستعير خاصة .

غير مآدون فيه وهذه على مآدون فيه لم يتعه الاشكال ، بل بتعين الضمان قطعاً ، ولو حملت هذه العبارة على أن الباء التي في قوله : (بالاستعمال) بمعنى مع - ليكون التلف لا بسبب الاستعمال - لا تدفع التام ، إلا أنه بعيد عن الظاهر جداً ، وعلى كل حال فالعبارة لا تخلو من شيء

قوله : (والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك) .

لأن كل واحد منهما مالك للمنفعة وله نقلها إلى غيره ، وهذا إذا لم يشترط عليه استيفائها بنفسه ، والظاهر أنه لا يجوز له تسليم العين إلا بأذن المالك ، كما سيأتي بيانه في الاجارة إن شاء الله

قوله : (ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع ، إلا أن يكون ذهباً أو فضة فإن الأقرب الضمان على المستعير خاصة) .

أي . ومع جهل المستعير بالغصب يستقر الضمان على الغاصب ، إلا إذا كانت العارية مضمونة لكونها ذهباً أو فضة ونحوهما ، فإن الأقرب أن قرار الضمان على المستعير خاصة ، هذا هو المراد من العبارة ، لأن المستعير وإن كان جاهلاً فإن يده يد عنوان ، فللمالك الرجوع عليه ، لعموم على اليد ما أخذت^(١) .

(١) مشترك الوسائل ٣ - ١٤٥ ، سنن البيهقي ٦ - ٩٥ ، مشترك الحاكم ٢ - ٤٧ .

ولو جحد العارية بطل استثنائه ويضمن .

ولو تجاوز المأفون ضمن .

ولو أمر رسوله بالإستعارة الى قرية ، فكذب الرسول وأخبر المعير بطلب المستعير الى أخرى ، فخرج بها المستعير الى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن ، لأن صاحبها أعارها إليه . ولو خرج بها الى ما قال المستعير لرسوله فتلفت ضمن ، ولا شيء على الرسول وإنما يبرأ الضامن اذا رد على المالك أو وكيله لا الى الحرر ، ولو تجاوز المسافة المشترطة لم يبرأ بالرد اليها .

وتوهم أن المراد ما يقتضيه ظاهر عبارة من اختصاص الضمان بانفاص في الأولى وبالمستعير في الثانية - فاسد ما قلناه .

ووجه القرب أنه مع علم كون العارية مصمومة دخل على أنها أمانة ، والمغرور يرجع على من عره ، ومع كونها مصمومة دخل على الضمان ، وقد استقر التلف في يده ، فيستقر الضمان عليه ، وهو الأصح

ويحتمل ضعيفا عدم لغوره ، وليس شيء ، لأن غوره في كونها غير مفصومة ، والضمان غير ناشئ عن العصب ، بل عن كونها مصمومة ، وهو ظاهر .

قوله . (ولو أمر رسوله بالاستعارة إلى قرية ، فكذب الرسول وأخبر المعير بطلب المستعير إلى أخرى ، فخرج بها المستعير إلى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن . لأن صاحبها أعارها إليه ، ولو خرج بها إلى ما قال المستعير لرسوله فتلفت ضمن ولا شيء على الرسول) .

أما الحكم الأول فوجهه ما ذكره المصنف . من أن العارية وقعت إلى ذلك الموضع ، ويرد عليه : أن خروجه إلى قرية أخرى مع علمه باذن

الثالث: التسلط على الانتفاع : ويتفكر بقدر التسليط ، ويستفهم بما جرت العادة به ، فلو أعاره الدابة لحمل معين لم تجز له الزيادة ويجوز النقصان ، ولو أطلق فله حمل المعتاد على مثلها .

المعير إليها يكون تصرفاً ممنوعاً به شرعاً ، فحقه أن يضمن على مقتضى ما ذكره في عارية الصيد للمعير ، وثبت الأثم عليه لإقدامه بزعمه على فعل المحرم لا ريب فيه .

وأما الحكم الثاني فانه مستقيم إذا أخبر الرسول المرسل بالحال الواقع أو سكت ، أما إذا أخبره بالعارية إلى ما طلب المستعير ، فإن قرار الضمان على الرسول على أظهر الوجهين لكونه عارياً ، كما إطلاق العارة لا يحل من شيء .

قوله : (الثالث : التسلط على الانتفاع ، ويتفكر بقدر التسليط ، ويستفهم بما جرت العادة به)

أما تقدر الانتفاع بقدر التسليط فواضح ، إذ لا يجوز التصرف في مال المعير إلا بمقتضى الإذن ، فإن عثم له وجوه الانتفاع - كان أعاره الأرض ليستمتع بها في الزرع والغرس والبناء وغير ذلك - كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المعدة لتلك العين لها ، وإن خصص لم يجر التخطي قطعاً ، وإن أطلق صح على أقرب الوجهين .

إلا أن كلام المصنف في التذكرة احتلف ، ففي أول كلامه أجراه مجرى التعميم ، فجوز جميع وجوه الانتفاع ، وفي آخر البحث مال إلى الانتفاع بما جرت به العادة العالبة من الانتفاع بتلك العين ، فلو أعاره الأرض كذلك كان له البناء والغرس والزرع ، دون الرهن والوقف والدهن والاجارة^(١) ، وهو مختاره في التحرير^(٢) .

(١) التذكرة ٢ : ٢١١

(٢) تحرير الأحكام ١ : ٣٦٩

ولو أذن في زرع الحنطة تخطى إلى المساوي والأدون لا الأضر ،
ولو نهاه حرم التخطي وعليه الأجرة لو فعله والأقرب عدم إسقاط التفاوت
مع النهي لا الإطلاق ،

إذا نقرر هذا فعبارة الكتاب لا تحلو من مناقشة ، لأن الانتفاع بمجرى
العادة لا يثبت في كل موضع كما حققناه ، بل مع الإطلاق خاصة ، والمصادر
من العبارة الانتفاع بما جرت العادة مع تقدير لتسليط ، فلو قال : ويستفاد مما
جرت العادة به لو أطلق لكان أولى

قوله : (ولو أذن في زرع الحنطة تخطى إلى المساوي والأدون لا
إلى الأضر) .

الظاهر من كلامهم أن ههنا الحكم إجماعي ، ولا فهو مشكل من حيث
الدليل ، لوجوب الاختصار على المأذون ، فعلى هذا لو كان أحد الشيئين أقل
صرراً من وجه وأشد من وجه آخر ، فهل يجوز التخطي من أحدهما إلى الآخر؟
فيه تردد .

قوله : (ولو نهاه حرم التخطي وعليه الأجرة لو فعله) .

أي : فعل التخطي حيث نهاه عن زرع غير المعين ، ووجوب أجرة المثل
لأن ذلك تصرف غير مأذون فيه .

قوله : (والأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهي لا الإطلاق) .

أي : الأقرب عدم إسقاط التفاوت بين الأجرئين للمأذون في زرعه ،
وللمتخطي إليه (إذا كان المتخطي إليه)^(١) أضر وقد نهاه عن التخطي .
والمراد بـ (التفاوت) هو مقدار أجرة المأذون فيه

والأقرب أنه ليس الحكم كذلك مع الإطلاق ، والمراد به : الأذن في

(١) ما بين القوسين لم يرد في (م) .

زرع معين مع عدم النهي عن التحطيط ، فانمراد بالاطلاق ما قابل النهي .
 ووجه القرب في الاول انه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، فيضمن
 المنفعة المستوفاة تمامها .

ويحتمل ضعيفاً ضمان ما راد على أجرة المأذون فيه فقط ، لأنه قد
 أباحه المنفعة المحصورة ، فلا يجب له عوض ، بخلاف المنفعة الزائدة ،
 فإنها التي لم يؤذن فيها .

وضعف هذا ظاهر ، لأنه بما أذن في المنفعة في محصور لا مطلقاً ،
 فإذا جاوره كان انتفاعه كله على وجه يحصل الجميع ، وهو الأصح .

ووجه القرب في الثاني : أنه مع عدم النهي عن التحطيط ، استعاد بالادن
 في الزرع المحصور استباحه المنفعة المحصورة في ضمن أي فرد كان ،
 بحيث تحطى إلى الأصغر ، كان مقدار منعة المأذون فيه مسحاً له خاصة ،
 فيضمن الزائد فقط .

ويحتمل ضمان الجميع هنا أيضاً ، للمنع من إحاطة المنفعة
 المخصوصة حينئذ في ضمن أي فرد كان ، بل في ضمن المساوي والاقبل ضرراً
 خاصة دون الأكثر ، بالتصرف في لأرض بررع الأكثر ضرراً غير مأذون فيه ،
 فتكون المنفعة المستوفاة به مضمونة .

والفرق بين الأكثر ضرراً مع لاطلاق ، ومع النهي عن التحطيط للنوع
 المخصوص غير واضح ، لأن المروع في كل من الحالتين غير مأذون فيه ،
 عاية ما في الباب أنه في إحداهما نص على المنع ، وفي الأخرى المنع
 مستصحب بالأصل ، ولا نجد تفرقة بين من مع من التصرف في ملكه ، وبين
 من لم يأذن ولم يمنع ، في وجوب ضمان على المتصرف فيه ، وفي وجوب
 الجميع عندي قوة

بخلاف حمل الأكثر وليس للمستعير أن يعير ولا أن يؤجر .
ولو أعار للغراس لم يكن له الباء وانعكس - وله الررع .
ولا يجب في العارية التعرض لجهة الانتفاع وإن تعددت ، فلو
استعار الدابة ركب أو حمل ، ولو استعد أرضاً فله البناء أو الغراس أو
الزراع ،

واعلم أن إطلاق التفاوت على مقدار أجرة المأدون فيه غير ظاهر ، فإن
التفاوت هو ما به لافتراق بين الشيئين ، كما به عليه في القاموس^(١)

قوله : (بخلاف حمل الأكثر) .

أي . الأقرب عدم إسقاط التفاوت مع الشيء ، بخلاف حمل الأكثر ،
وقوله . (لا الإطلاق) معترض ، وتحقيقه : أنه لو أئتمله كي حمل مقدار على
الدابة ، فحمل أريد منه ، ضمن أجرة الرند قولاً واحداً ، لأن المأدون فيه
داخل فيما حملة ، فلا تحب له أجرة ، بخلاف النوع المحالف ، فإن المأدون
في زرعه غير داخل فيه .

قوله : (ولا يجب التعرض لجهة الانتفاع وإن تعددت) .

خلافاً لبعض الشافعية في المنعقدة ، منهم حكموا فيها بالطلاق^(٢)

قوله : (ولو استعار الدابة ركب أو حمل ، ولو استعار الأرض فله
البناء أو الغراس أو الزراع) .

هذا مع الإطلاق ، فإنه يحمل على المنفعة المعتاة ، أما مع التعميم
فيجوز له كل منفعة أعدت العي لها ، ومع لتخصيص الحكم على ما سبق .

(١) القاموس (قوت) ١ : ١٥٤ .

(٢) الوجيز ١ : ٢٠٤ .

وكذا لو قال : انتفع كيف شئت ، ولو استعار للزرع واطلق زرع مهما شاء .

الرابع : التنازع . فلو ادعى العارية ، والمالك الإحارة في الابتداء صدق المستعير ، ولو انتفع جميع المدة أو بعضها احتمل تصديقه بيمينه ، لاتفاقهما على إباحة المنفعة ، والأصل براءة الذمة من الأجرة وتصديق المالك بيمينه ، لأن الأصل مملوك له فكذا المنفعة ، فيحلف على نفي العارية ويثبت له الأقل من أجرة المثل والمدعى .

ولا يحصى أنه إنما يجوز أن تحمل الداية المعدة لذلك ، أما المعدة للركوب فقط فلا .

قوله . (وكذا لو قال : انتفع كيف شئت .) .

هذا من صور الإطلاق أيضاً .

قوله . (الرابع . التنازع ، فلو ادعى العارية والمالك الإحارة في الابتداء صدق المستعير) .

احترر بكون ذلك في الابتداء عما لو كان ذلك بعد مضي مدة لها أجرة ، فإنه لا يصدق المستعير بيمينه حينئذ كما سيأتي ، وإنما يصدق في الابتداء بيمينه كما هو ظاهر ، ووجه تصديقه . أصالة الرأفة من تعلق الإحارة بذمته .

قوله : (ولو انتفع جميع المدة أو بعضها ، احتمل تصديقه بيمينه ، لاتفاقهما على إباحة المنفعة ، والأصل براءة الذمة من الأجرة وتصديق المالك بيمينه ، لأن الأصل مملوك له فكذا المنفعة ، فيحلف على نفي العارية ، ويثبت له الأقل من الأجرة والمدعى) .

لو قال . ولو انتفع مدة لها أجرة لكان أحسن ، إذا ليس هناك مدة مقررة ، ثم الأصل الذي ادعاه في توجيه لاحتمال الأول غير ظاهر ، لأن الأصل براءة

ولو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين وثبت له أجره

الذمة من خصوص ما ادعاه المالك لا مطلقاً ، فانه قد علم استيفاءه للمنفعة التي هي من تواع ملك المالك ، وقد علم كونها مملوكة له ، والأصل عدم خروجها عن ملكه مجاناً .

واعلم أن سوق العبارة يقتضي الاكتفاء بيمين المالك على نفي العارية في ثبوت أقل الأمرين ، وليس بجيد ، لأن نفي العارية لا يقتضي نفي الاجارة ، وقد ادعاه المالك ، فكيف يتعين عليه أحد أقل الأمرين ؟ فلا بد من يمين المستعير على نفي الاجارة ، فيتحالف ويثبت أقل الأمرين من المدعى وأجرة المثل ، لانتهاء الرائد من المسمى بيمين المستعير إن كان المسمى أزيد .

وإن كانت أجرة المثل أزيد من المسمى ، فالزائد متب باقرار المالك ، وقد لاحظ شيخنا الشهيد ذلك ، فقال : إن التحالف قضية كلام المصنف .

والحاصل أن العول بالتحالف هو المعتمد ، لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه ، واختاره المصنف في المختلف^(١) ، وهو اللائح من كلام ابن إدريس^(٢) .

وقال الشيخ تارة بتقديم قول المستعير ، وتارة بالفرعة لأنه أمر مشكل^(٣) ، وكل منهما ضعيف ، فانه مع وجود الدليل الدل على التحالف لا إشكال فيه .

قوله : (ولو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين) .

لأن الأصل عدم إباحة المنفعة ، ولا أصل في الطرف الآخر ، لاستيفاء المنفعة المملوكة للغير الناقل من الأصل ، وقال الشيخ : يقدم قول مدعي العارية لأصالة براءة دمه^(٤) ، وهو ضعيف .

(١) المختلف : ٤٤٧

(٢) الرائر : ٢٦٢

(٣) الخلاف ٢ : ٩٦ مسألة ٣ و ٤ كتاب العارية ، المبوط ٣ : ٥٠ ، ٢٦٦ .

(٤) الخلاف ٢ : ٩٧ مسألة ٥ كتاب العارية ، المبوط ٣ : ٥٢

المثل . ولو ادعى استئجار الذهب وسوغناه بعد التلف ، وادعى المالك الإعارة فإن انقضت الأجرة والقيمة أحدها المالك بغير يمين ، وإن زادت القيمة أحدها باليمين ، وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين ،

ثم إن كانت الدابة ماقية ردها ، وإن تلفت ، فإن أوجسها على الغاصب قيمته يوم التلف فلا بحث ، وإن أوجسها أعلى القيم تحالفاً ووجب لها قيمته يوم التلف ، نبه عليه في المختلف^(١) .

قوله : (ولو ادعى استئجار الذهب وسوغناه بعد التلف وادعى المالك الإعارة ، فإن انقضت الأجرة والقيمة أحدها المالك بغير يمين ، وإن زادت القيمة أحدها باليمين) .

الظرف في قوله : (بعد التلف) يتعلق بقوله : (ادعى) و (سوغناه) معترض بينهما ، وإنما ذكره لأن تسوية استئجاره لم يسبق بيانه ، ووجه الحكم ظاهر ، لأنه مع اتحاق القيمة والأجرة لا محصل للاختلاف ، لأن ذلك القدر لازم على كل من التقديرين ، أما مع زيادة القيمة فإن المالك إذا حلف على نفي الإجارة انقضت ، فتكون العين حينئذ مضمونة على القاص ، فتجب قيمتها حيث تلفت .

قوله : (وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين) .

أي : ولو ادعى ذلك قبل تلف العين انتزعها المالك إذا حلف على نفي الإجارة ، ولا عوض للمنفعة المستوفاة - لإقراره بالعارية - وإن وجب على مدعي الاستئجار أجرة مدة كون العين في يده يزعمه .

ويصلق المستعير في ادعاء التلف لا الرد ، وفي القيمة مع التفريط أو التضمن على رأي ، وفي عدم التفريط .
فروع:

أ : ولد العارية المضمونة غير مضمون .

ب : مؤونة الرد على المستعير .

قوله . (ويصلق المستعير في ادعاء تلف لا الرد) .

أما التلف فلاه لولا ذلك لا يمكن صليقه فيخيد حبه ، وأما الرد فلاه إنما قص لمصلحة نفسه والأصل عدمه ، بخلاف المستودع لأنه محسوس (ما على المحسنين من سبل)^(١) ومن هذا يعلم أن التوكيل يجعل كالمستعير ونوعاً كالمستودع .

قوله : (وفي القيمة مع التفريط أو التضمن على رأي)^(٢)

لأنه لكونه غارماً منكراً للرائد ، فقال شيخان^(٣) وجماعة^(٤) بتقديم قول المالك ، لانتفاء أمانة المستعير حينئذ ، وهو ضعيف ، لأن تقديم قوله ليس لكونه أميناً ، بل لكونه منكراً

قوله : (ولد العارية المضمونة غير مضمون) .

الإذن في إثبات اليد عليه بفحوى عارية أم ، وليس داخلاً في العارية ، فلا فرق بين كونه منفصلاً أو حملاً ، ويحيى على قول الشيخ - أن الحمل جزء من الأم - ضمانه أيضاً ، لأنه جزء من مضمون ، وحرء المضمون مضمون .

قوله : (مؤونة الرد على المستعير) .

(١) التوبة ٩

(٢) ذهب إليه بن إدريس في السرائر ٢٦٢ ، والمحقر في الشرائع ٢ ١٧٥

(٣) المعيد في المقعدة ٩٧ ، والطوسي في النهاية ٤٣٨

(٤) منهم ابن حمزة في الوسيلة ٣٢١ ، وصار في المراسم ١٩٤

ج : لو رد إلى من حرت العادة بالقبض كالدابة إلى سائسها لم يبرأ .

د : لو أعار المستعير فللمالك الرجوع بأجرة العثل على من شاء ، ويستقر الضمان على الثاني مطلقاً على أشكال ،

لأنه قضى لمصلحة نفسه ، ويجب ردّ الملك على مالكه عند الطلب أو انقضاء المدة ، لكن قد يقال : هذا يأتي ما سبق من عدم وجوب طمّ الحفر لو قلع العرس المالك ، لأنه لم يرد المثلث المستعار على المالك ، إلا أن يقال : المراد رده على ما هو به ، وعلى ما ذكره فقد يستعاد أن للمالك إذا بدل الأرض إلزامه بالقلع ، وليس بعيب

لكن يشكل عليه ما لو استعير في بلد مسافر المالك إلى بلد آخر ، فيمكن أن يقال : الواجب الرد في بلد العارية ، لأنه الذي لزمه وقت تسليمها

قوله : (لو ردّ إلى من حرت العادة بالقبض ، كالدابة إلى سائسها^(١)) لم يبرأ .

لو قال : إلى من حرت العادة بقضه إلى آخره وجوه لكان أولى ، وخالف أبو حنيفة في ذلك ، فحكم بأنه يبرأ بذلك^(٢) ، وليس بشيء .

قوله : (لو أعار المستعير ، فللمالك الرجوع على من شاء ، ويستقر الضمان على الثاني مطلقاً على أشكال) .

أي : لو أعار المستعير العير ، فالمسعة مضمونة على كل واحد منهما لكونهما غاصيين ، فللمالك الرجوع على من شاء منهما ، لكن قرار الضمان على الثاني لاستقرار التلف في يده مطلقاً ، أي . سواء كان الثاني عالماً بالحال

(١) في «قوله» سائسها

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٣١٣ .

وكذا العين .

هـ : لو أذن المالك في الإحارة أو الرهن لزمه الصبر إلى انقضاء
المدة على إشكال ،

أو جاهلاً على إشكال في الجاهل ، ينشأ : من أنه المتلف ، ومن أنه إنما دخل
مع معيره على استيفاء المنفعة مجاناً بغير عوض ، فكان مغروراً فتضعف
مباشرة ، فيرجع على من غره ، وهو الأصح
قوله : (وكذا العين) .

أي وكذا ضمان العين لو تلفت على كل منهما ، فيتحير المالك في
الرجوع ، وقرار الضمان على الثاني مطلقاً على إشكال في الجاهل ، ينشأ من
نحو ما سبق ، والأصح أن الجاهل يرجع على من غره وهو الأول ، فيكون قرار
الضمان عليه ، إلا أن تكون العارية مضمومة بالأصل أو بالتضمين ، فإن قرار
الضمان على الثاني حيثئذ ، لأنه إما دخل على ضمانها .

والحال في نقص^(١) الأبعاض يعلم من هذا ، فكل موضع تكون الأبعاض
مضمومة على المستعير ، فقرار الضمان فيها على الثاني وإن كان جاهلاً ، وكل
موضع لا يكون نقص الأبعاض فيه مضموناً على المستعير ، فقرار الضمان فيه
على الأول مع جهل الثاني .

قوله : (لو أذن المالك في الاجارة أو الرهن ، لزمه الصبر إلى
انقضاء المدة على إشكال) .

أي : لو أذن المالك للمستعير أن يؤجر العين المستعارة لنفسه ، أو يرهنها
على دين على المستعير ، لزمه الصبر إلى انقضاء المدة على إشكال ، ينشأ :
من أن العارية جائرة ، ومن أن المأذون فيه عقد لازم ، فيفصي العارية هنا إلى

(١) في ١٥٨ ورقة ، بعض ، وما أثبتناه من معناه الكرامة ٦ ٨٧ عن جامع المقاصد ، وهو الأنسب .

فتقدر المدة في الإجارة ، ويضمن المستعير في المضمونة دون المستأجر والمرتهن .

اللزوم كالأعارة للدفن ، وهو الأصح .

قوله : (فتقدر المدة في الإجارة) .

لأن مدة الإجارة تقبل الزيادة والنقصان ، والضرر بذلك يتفاوت تفاوتاً بيناً فلا تصح الإجارة حيثئذ بدونه ، وقد سبق في الرهن حكم العارية .

قوله : (ويضمن المستعير في المضمونة)

لأنه مستعير في جميع المدة ولا يضمن في غير المضمونة لكونه حيثئذ أميناً .

قوله : (دون المستأجر والمرتهن) .

لأن يدهما يد أمانة .

• • •

المقصد الثالث: في اللقطة : وفيه فصول :

الأول: في اللقيط : وفيه مطلبان :

الأول : الملقوط : أما انسان ، أو حيوان ، أو غيرهما . ويسمى
الأول : لقيطاً وملقوطاً ومنبذاً ، وهو كل صبي ضائع لا كافل له وإن كان
مميزاً ،

قوله : (المقصد الثالث : في اللقطة : وفيه فصول : الأول في
اللقيط ، وفيه مطلبان : الأول الملقوط إما انسان أو حيوان أو غيرهما ،
ويسمى الأول لقيطاً وملقوطاً ومنبذاً) .
اللقيط بمعنى الملقوط ، لأن قسماً يسمونه الملقوط كجريح وطريح ،
وأما يسمى ملقوطاً لأنه يلحق ، ويسمى منبذاً لأن التبدد الرمي ، فلكونه قد رمي
سمي بذلك .

قوله : (وهو كل صبي ضائع لا كافل له وإن كان مميزاً) .

الـ (كل) هذه هي الافرادية ، وكان عليه أن يدخل في التعريف
المجنون ، لأنه بجنونه عاجز عن دفع ضروراته ، لأنه لا يهتدي إلى ذلك ، وقد
ادخله شيخنا الشهيد في عبارة الدروس^(١)

وقوله بعد : (ولا يلتقط البالغ العاقل) يفهم منه أن المجنون يلتقط ،
ويحمل قوله : (لا كافل له) على أن المراد به حالة الالتقاط ، ليستفي التدافع
بينه وبين قوله : (فإن كان له من يجبر على نفقته أجبر على أخذه) .

ويجب أن يستثنى من المميز المراهق ، لأنه كالبالغ في حفظ نفسه ، فلا
يجوز التقاطه .

فإن كان له من يجبر على نفقته أجبر على أخذه .

ولو تعاقب الالتقاط أجبر الأول ، والتقاطه واجب على الكفاية .

ولا يجب الإشهاد ، ولا يلتقط البالغ العاقل .

ولو ازدحم منتقطان قدم السابق ،

قوله . (فإن كان له من يجبر على نفقته أحرر على أخذه) .

أي : من أب ونحوه .

قوله : (والتقاطه واجب على الكفاية) .

لوجوب حفظ نفقة عن التلف ، ويدون ذلك هو معرض له ، ولوجوب
إطعام المضطر وإنقاذ من العرق .

قوله : (ولا يجب الإشهاد) .

أي عندنا ، خلافاً لبعض العامة^(١) ، لأن الأصل السراة ، نعم
يستحب ، لأنه أصون وأحفظ وأقرب إلى حفظ نسبه وحرية ، فإن اللقطة يشيع
أمرها بالتعريف ، ولا تعريف في اللقطة .

قوله : (ولا يلتقط البالغ العاقل) .

لأنه يمتنع بنفسه كالدابة الممتنعة ، ولا مشاع ثبوت الولاية عليه ، ولو
خيف عليه التلف في مهلكة وحب إنقاذه ، كما يجب إنقاذ الفريق ونحوه .

قوله : (ولو ازدحم منتقطان قدم السابق) .

الازدحام إن كان قبل أحده ، وقال كل واحد منهما : أنا أخذه وأحضته ،
جعل المحاكم في يد من يراه منهما أو من غيرهما ، إذ لا حق لهما قبل الأخذ .

فإن تساوياً في تقديم البلدي على القروي ، والقروي على البدوي ،
والموسر على المعسر ، وظاهر العدالة على المستور نظر ،

وإن كان بعد الأحد ، فإن استويا في أحده ، بأن تناولاً واحداً دفعة واحدة
وكانا أهلاً للإلتقاط معاً ، فكل مهم ملتقط ، وسيأتي حكم ذلك إن شاء الله
تعالى .

وإنما اعتبرنا أهليتهما للإلتقاط ، لأنه لو انتعت الأهلية عن أحدهما
لكفره . وإن لم يكن اللقيط محكوماً بسلامه على تردد . أو فسقه وعدالة الآخر
في وجه قوي ، أو حرته وكون الآخر عبد لم يأت له مولا ، فالملتقط هو
الآخر خاصة .

وإن تناولنا في أحده ، بأن سبق أحدهما فأراد الآخر مراحمته . وهو المراد
من العبارة . فإنه يمنع ، لأن الملتقط هو السابق ، ولا يثبت السابق بالوقوف على
رأسه من غير أحد ، وبه صرح في التذكرة^(١) .

قوله : (فإن تساوي ، ففي تقديم البلدي على القروي ، والقروي
على البدوي ، والموسر على المعسر ، وظاهر العدالة على المستور
نظر) .

المراد بـ (ظاهر العدالة) من عرفت عدلته و (المستور) مقابله ، ومنشأ
النظر : من أن كل واحد لو انفرد لجر التقاطه ، وإلا فلا بحث في التقديم ،
فإذا تساوى في إثبات اليد كان لكل حق . ومن أن الإلتقاط لمصلحة الصبي ،
والبلدي أحفظ لنسبه وأقرب إلى وصول قريبه إليه .

ثم القروي والموسر أقوم بمصالحة من المعسر ، ومعلوم العدالة أوثق ،
لإمكان فسق المستور ، وهذا إذا لم نقل باشتراط العدالة في الملتقط ، أما على
الاشتراط كما يراه المصنف فلا وجه للنظر في هذا القسم حيثلذ ، وسيأتي أن

فإن تساويا أقرع أو يشتركا في الحضانة .

الأحوط اشتراط العدالة ، فيكون الترجيح بهذا الاعتبار .

لا يقال : المستور لم يعلم فسفه والماع هو الفسق ، ولأن المستور يدعي العدالة ولم يعلم ما ينافيها .

لأنا نقول : شرط الالتقاط العدالة ، ومع الجهل بها لم يتحقق الشرط فينتفي المشروط ، ولأن الحاكم بأرجحية أحدهما على الآخر أو تساويهما هو غيرهما لا محالة ، ومع جهل الغير بعدالة أحدهما كيف يحكم بالتساوي على القول باشتراط العدالة ؟

نعم المستور إذا كان يعلم العدالة من نفسه واستقل بالالتقاط ، يجوز ذلك فيما بينه وبين الله تعالى .

وأما الباقون ، فالأصح عدم ترجيح أحدهم على مقابله ، لأن كلا منهما أهل الالتقاط ، وتأثير واحد من الأوصاف المذكورة في الترجيح غير معلوم ، والأصل عدمه .

قوله : (فإن تساويا أقرع ، أو شركا في الحضانة) .

أي : فإن تساوى الملتقطان وانتفى المرجح - إما باستوائهما في الصفات ، أو على القول بأن شيئاً من الصفات السابقة لا يرجح به - فقد ثبت الحق لهما ظاهراً ، باعتبار إثباتهما اليد على اللقيط باخله ، فيحتمل التشريك بينهما في الحضانة جمعاً بين الحقين .

ويحتمل القرعة ، لأن في إثبات الحضانة لهما - بحيث يجتمعان عليها - مشقة عليهما وعلى العفل ، لأن ذلك طريق إلى توزيع مصالحه ، وفي تناويهما مع ذلك قطع الألفة ، وهو الأصح ، فيقرع بينهما ، فمن خرج اسمه كان هو المستحق ، وقد وقع في الكتاب العزيز ذكر القرعة في قوله تعالى : ﴿وَمَا كُنْتَ

ولو ترك أحدهما للآخر صح ، سواء كانا موسرين أو أحدهما ،
حاضرين أو أحدهما ، أو كان أحدهما كافراً مع كفر اللقيط ،

لديهم إذ يلقون أعلامهم أيهم يكفل مريم^(١) .

إذا تقرر هذا ، فاعلم أن الظاهر أن المذكور في العبارة من القرعة أو
التشريك احتمالان ، وإليه يرشد كلام التذكرة^(٢) ولشرائع^(٣) والدروس^(٤) ،
وكأن الشارحين^(٥) فهم أنه على طريق التحيير فلم يتعرضوا إلى شرحه

قوله : (ولو ترك أحدهما للآخر صح ، سواء كانا موسرين أو
أحدهما ، حاضرين أو أحدهما ، أو كان أحدهما كافراً مع كفر اللقيط) .

أي . لو ترك أحد الملتقطين دفعه للآخر اللقيط صح مطلقاً وإن تماوتا في
اليسار والاعسار وغيرهما مما ذكر ، وهي هذه العبارة مناقشة ، لأنه قد تردد في
ترجيح الموسر على المعسر ، والحاضر على غيره

فمضى احتمال الترجيح كيف يسوغ ترك الموسر للمعسر ، والحاضر لغيره؟
نعم على احتمال التساوي قد يستقيم ذلك هذا باعتبار نظم العبارة

وكذا في إطلاق الحكم الذي ذكره نضر ، فإن ترك أحدهما للآخر يجوز
قبل القرعة أو على القول بالتشريك ، أما على الأول فلأن الحق حيث لم يتعين
لواحد ، وأما على الثاني فلأن ترك أحدهما قرب إلى صلاح أحوال الطفل ، أما
بعد القرعة فلا يجوز ، لتعين الحصاة على من حرج اسمه ، وقد صرح بذلك
المصنف في التذكرة^(٦) .

(١) آل عمران ٤٤ .

(٢) التذكرة ٢ - ٢٧١ .

(٣) الشرائع ٣ - ٢٨٧ .

(٤) الدروس : ٢٩٧ .

(٥) إيضاح الفوائد ٢ - ١٣٦ .

(٦) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

ولا يحكم لأحدهما بوصف العلام .

ولو تداعيا سوته ولا بينة أفرع ، ولا ترجيح بالالتقاط إذ اليد لا تؤثر في السب ، وكذا لو أقاما بينة ، ويحكم للمحتص بها .

واعلم أن قوله . (أو كان أحدهم كافراً مع كفر النقيط) يقتضي أن المسلم لا يرجع على الكافر ، استويا في الالتقاط وكان النقيط محكوماً بكفره ، وفيه نظر ، لأن كل مولود يولد على الفطرة ، ولتربية المسلم أثر بين في صيرورته مسلماً ، فلا يعد ترجيحاً .

قوله : (ولا يحكم لأحدهما بوصف العلام)

أي لا يحكم لأحد المتنازعين في الالتقاط بوصف علام الصبي ، مثل الخال في رأسه وبحو ذلك ، لأنه لا أثر لذلك في إثبات الولاية وبها ، كما لا أثر له في إثبات السب وفيه لو تدرع اثان سوته ووصف أحدهما العلام ، خلافاً لأبي حنيفة في النسب^(١) .

قوله : (ولو تداعيا بنوته ولا بينة أفرع) .

لو قال : ولو تداعيا اثان بنوته لكان أولى ، لأنه حينئذ لا يكون الحكم مقصوراً على المتنقطين .

قوله : (ولا ترجيح بالالتقاط ، إذ اليد لا تؤثر في النسب) .

على أصح الوجهين ، واستشكل الحكم في كتاب القضاء .

قوله : (وكذا لو أقاما بينة) .

أي : وكذا يقرع لو أقاما بنة ، أي : لو أقام كل منهما بينة بينوته وتعارضتا ، فإنه لا بد من القرعة عندنا .

وفي ترجيح دعوى المسلم أو الحر على دعوى الكافر أو العبد نظر .
ولو انفردت دعوى البينة حكم بها من غير بينة ، حرّاً كان المدعي للبينة أو
عبداً ، مسلماً أو كافراً ، ولا يحكم برقه ولا كفره إذا وجد في دارنا إلا مع
بينة البينة .

قوله : (وفي ترجيح دعوى المسلم أو الحر على الكافر أو العبد
نظر) .

يشأ . من عموم الأدلة الدالة على حوزة ادعاء النسب لكل منهم ، ومن
قوة جانب المسلم والحر ، إذ الأصل في النقيض الإسلام والحرية ، والظاهر
عدم الترجيح ، سواء كان الالتقاط في دار الإسلام أو في دار الكفر .

قوله : (ولا يحكم برقه ولا كفره إذا وجد في دارنا ، إلا مع بينة
البينة)

إذا شهدت البينة بسوته لكفر هوجهن ، أحدهم . الثبوت ، لأن تنعية
الدار صعبة . والثاني : العدم ، لأن بنونه للكافر لا تنافي إسلامه ، لإمكان
إسلام أمه أوجده على القول بتبعيته

وفي هذا الحكم عندي تفصيل : من الفائل بذلك^(١) إن أراد أنه إذا
هلمت أمومة الكافر له بالبينة أيضاً ، وكذا عدم كفر أحداه كذلك يكون كافراً
لضعف الإسلام بتبعية الدار . فهو صحيح لامرية فيه ، وإن كان مراده ثبوت كفره
وإن لم يثبت ذلك فليس بعيب ، لأن إسلامه الثابت بتبعية الدار لا ينفيه كفر
أبيه ، فلا ينتهي ما ثبت بمجرد الاحتمال .

وكذا القول في الرقة إذا ادّعاء رقيق راقم بذلك بينة ، أما لو لم يقم
بواحد من الأمرين بينة فهو على إسلامه وحرية وإن أثبتنا النسب على أصح

(١) أي : ثبوت كفره مع البينة

والأقرب افتقار الأم إلى البيعة أو التصديق بعد بلوغه .

ولو كان اللقيط مملوكاً وجب إيصاله إلى مالكه ، فإن أبق أو ضاع من غير تفريط فلا ضمان ، ويصدق في عدم التفريط مع اليقين ، وبيعه في النفقة بالإذن مع تعذر استيفائها ،

القولين ، لأن اللاحق بمجرد قول الأب لا يجب قبوله في حق الولد فيما يكون ضرراً له .

قوله : (والأقرب افتقار الأم إلى البيعة أو التصديق بعد بلوغه) .

وجه القرب : عموم البيعة على المدعي^(١) ، خرج من ذلك الأب بالاجتماع ، فيبقى ما عليه على الأصل ، وقال الشيخ : تقل دعواها كالأب^(٢) ، وهو ضعيف .

قوله : (وبيعه في النفقة بالإذن مع تعذر استيفائها) .

إذا انفق الملتقط على اللقيط بالإذن المعتبر شرعاً ، وهو ما به يخرج عن التبرع ، وتعذر استيفائها - إما لعدم الوصول إلى المالك وعدم الظفر بماله ، أو لكون المالك لا مال له سوى العبد - فإن للملتقط أن يبيعه في النفقة ، لكن بالإذن من المالك مع إمكانه ، فإن تعذر أو لم يأذن فبإذن الحاكم ، ولو تعذر فهو كالدين الذي امتنع من هوعيه من أدائه .

فقول المصنف : (بالإذن) قد ينارعه كل من قوله : (يبيعه) وقوله :

(في النفقة) ولو حملت العبارة على أن المراد : أن الملتقط يبيع العبد للاتفاق عليه إذا تعذر تحصيل ما ينفق عليه منه ، لوجب أن ينزل على بيعه شيئاً فشيئاً إلى أن يستوعبه .

(١) الكافي ١٧ : ٤١٥ حديث ٦٠١ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٣ ، ٥٥٤ ، سنن البيهقي ١٠ :

فإن اعترف المولى بعتقه فالوجه القبول ، فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع

لكن على هذا التقدير لا يمكن بيعه كنه للاتفاق عليه ، إذ الجزء الأخير يمتنع بيعه للاتفاق عليه من ثمة ، لأنه حينئذ مال شخص آخر ، فكيف ينفق عليه من مال الأول؟ فإن نزل على أداء النفقة الواقعة بالادب ، رجع إلى ما قلناه .

قوله : (فإن اعترف المولى بعتقه فالوجه القبول) .

أي : فإن اعترف المولى بعتق العبد بليقطة ، وقد حصل الاتفاق عليه واستحق الملتقط بيعه في النفقة شرائطه ، فالوجه القبول ، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز .

ويحمل عدمه لتعلق حق العير به ، وفيه ضعف ، لأن حق العير لم يتعلق به بل بدمه مولاة ، واستحقاق بيعه إنما هو على تقدير رقيته ، كما تناع سائر أموال المديون لاستيفاء ما عليه ، ولا حرج عليه في الإقرار كما هو ظاهر وعليه الفتوى ، ولا يخفى أن هذا دليل على أن المراد ببيع بعد الاتفاق ، فينتفي الاحتمال السابق المذكور ثانياً .

قوله : (فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع)

أي : إذا كان الوجه قبول إقرار المولى بعتقه ، فيرجع الملتقط المنفق بالاذن على المولى بما أنفق ، إن كان العتق بعد الاتفاق وقبل البيع ، لأنه إن كان العتق قبل الاتفاق كان الاتفاق على حر ، فالرجوع عليه ، وإن كان العتق بعد البيع فلا أثر له ، لصيرورته ملكاً لثالث

ولا يخفى أن هذا القيد الأخير مستدرك ، لأن العتق بعد البيع لا يتصور ولا يعد عتقاً ، ولو قال بدل العتق : إن كان الاعتراف بعد الاتفاق قبل البيع ، لكان أولى وأوجه ، لأنه على التقدير الأول لا يعلم من العبارة وقت قبول

ولو كان بالغاً أو مراهقاً فالأقرب المانع من أخذه ، لأنه كالفضالة الممتنعة ، وإن كان صغيراً كن له التملك بعد التعريف .

وولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل ، فلا يصح التقاط العبد ، فإن أذن المولى صح وانتقل الحكم إليه ، ولا المكاتب ،

الاعتراف وعدم قبوله .

وتوضيحه حيث . إن احتمال عدم القبول إنما يحىء على تقدير كون الاعتراف بعد الانفاق ، أما قبله فيقبل قطعاً ، وكذا يشترط كونه قبل البيع ، إذ هو بعد إقراره في حق العير فلا يقبل بلعون البينة وإن أسده إلى ما قبل البيع .

ولو أقر بعد الانفاق : إنه كتب قد اعتقته قبل الانفاق ، فالظاهر عدم القبول ، لاستلزامه إسقاط النفقة التي قد ثبت تعلقها بدمته وإبائها في ذمة اللقيط ، فلاند من تصديق كل من المملوك واللقيط ، أو البينة

قوله : (ولو كان بالغاً أو مراهقاً ، فالأقرب المانع من أخذه ، لأنه كالفضالة الممتنعة) .

ويحتمل الحواز ، لأنه مال صانع ، والحق أنه إن كان مخوف التلف أخذ ، والفرق بينه وبين الحر ظاهر ، فإن المملوك لكونه مالاً مظنة الطمع .
قوله : (وإن كان صغيراً ، كان له التملك بعد التعريف) .

سواء كان ذكراً أو أنثى ، لأنه مال صانع قد التقطه شرعاً ، وكل ما كان كذلك جاز تملكه بعد تعريفه ، ولتعريف الواجب هو ما سيأتي في الأموال إن شاء الله تعالى .

قوله : (وولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل ، فلا يصح التقاط العبد - فإن أذن المولى صح وانتقل الحكم إليه - ولا المكاتب) .

لا ريب أن العبد لكونه لا يقدر على شيء لا عبادة بالتقاطه ، فإن منافعه

ولا حكم لالتقاط الصبي ولا المحنون بل يتزع من يديهما .

لسيده ، فان أذن له في الالتقاط أو علم به فأنره في يده ، جار وكان السيد في الحقيقة هو الملتقط والعبد نائبه ، وإذا أذن له السيد فالتقط لم يكن له الرجوع في ذلك .

ولو لم يوجد سوى العبد وحيث عني نطعم التنف بالبقاء ، وحب على العبد التقاطه وإن لم يأذن المولى ، كذا قال في الدروس^(١) والتحريير^(٢)

وعندي في كون هذا لقطة حفيظة نظر ، لانتفاء الأهلية ، وإنما هو إنقاذ للخير من الهلاك ، فان رضي المولى بمعل بعد فهم لقطة من الآن ، وإلا فهو منبوذ يجب التقاطه على الكفاية .

والمكاتب وإن تحرر بعصه والمدر وأم الولد ، وسائر من تحرر بعصه في ذلك كالفق ، لأنه ليس لواحد منهم الترخع بحاله ولا بمنافعه إلا بادن السيد ، كذا قال في التذكرة^(٣) .

ولا يحفى أن من تحرر بعصه له الترخع بمقدار ما فيه من الحرية ، نعم ليس له الحصانة ، لأنه يلزم منه التصرف بحق المولى ، ولو هباه مولاه بقدر زمان الحصانة فكذا ذلك ، لإمكان رجوعه عن المهايأة ، فيصيح حل الطفل .

قوله : (ولا حكم لالتقاط الصبي ونمجنون ، بل يتزع من يديهما)

يفهم من عبارة التذكرة أن الذي يتزع اللقيط المحاكم ، فإنه قال . ولو كان الجنون يعتوره أحواراً أخذه المحاكم من عبده ، كما يأخذه لو التقطه المحنون المطبق أو الصبي^(٤) .

(١) الدروس : ٢٩٨ .

(٢) التحريير : ١٢٣ .

(٣) التذكرة : ٢٥٥ .

(٤) التذكرة : ٢٧٠ .

ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله ، ولا الفاسق ، لأن الحصانة استثمان فلا تليق به .

وهل يكون لالتقاط أحدهما اعتبار أولوية بحيث يستحق التملك بعد التعريف سنة كسائر الاموال^(١) .

قوله : (ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله) .

أما الأول ولأنه يمتنع ثبوت سبيل الكافر على المسلم ، ولأنه لا يؤمن من أن يفتنه عن دينه ، فإن التقط لم يقر في يده .

وأما الثاني فلقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾^(٢) فيكون هذا مشي من اشتراط العدالة عند المصنف

قوله : (ولا الفاسق ، لأن الحصانة استثمان فلا تليق به) .

ولأنه لا يؤمن من أن يسترقه ويأخذ ماله ، وجوز صاحب الشرائع التقاطه ومنع من انتزاعه منه^(٣) للأصل ، والمسلم محل الأمانة ، على أن هذا ليس استثماناً حقيقياً ، ولانتقاصه بالكافر في التقاطه الكافر ، ولا ريب أن اشتراط العدالة أحوط . نعم لو كان له مال فلا اشتراط قوي ، لأن الخيانة في المال لشدة لصوق المظلم به أمر راجع الوقوع .

أما من ظاهر حاله الأمانة ولم يحتبر حاله فإنه لا ينتزع من يده ، لأن ظاهر المسلم العدالة ولم يوجد ما يناقض هذا الطاهر .

قال في التذكرة : لكن يوكل الامام من يراقبه من حيث لا يدري لئلا

(١) كذا في م١ ورفق والحجري .

(٢) الأنفال : ٨٣ .

(٣) الشرائع ٢ : ٢٨٤ .

والأقرب ثبوت الولاية للمبذر ، والبدوي ، ومنشئ السفر .

يتأذى ، فإذا حصلت للحاكم الثقة به صار كمعلوم العدالة^(١) ، فإن أراد وجوب ذلك أشكل تمكينه منه .

قال : وقيل ذلك لو أراد السفر به منع وانتزع منه ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه^(٢) وهذا يمكن أن يكون ساء على اشتراط العدالة ، ويحتمل أنا لو لم نقل بالاشتراط لوجب القول بها هنا ، لشدة الحاجة حينئذ .

قوله : (والأقرب ثبوت الولاية للمبذر والبدوي ومنشئ السفر) .

وجه القرب : أنه لا مانع إلا التبذير وعدم الاستيطان والسفر ، وليس واحد من هذه صالحاً للمانعية .

أما التبذير فإنه مانع من التصرف في المال ، والحضانة قد لا تستلزم التصرف فيه ، وكونه مولياً عليه كسأ هو باعتبار ذلك لا مطلقاً ، وكذا عدم الاستيطان لا ينافي الحضانة ، كما لا ينافيها السفر .

ويحتمل المنع ، أما في المبذر : فلأن الشرع أسقط ولايته وأثبت عليه الولاية لغيره ، وجوابه . أنه أسقط ولايته بالنسبة إلى المال خاصة لا بالنسبة إلى الحضانة ، والالتقاط يقتضي الحضانة فقط

ويشكل : بأن الحضانة تستدعي الانفاق ، وهو ممتنع من المبذر ، وجعل الولاية فيه لآخر يستدعي الضرر على الطفل بتوزيع أموره ، وأيضاً فإن الولاية عليه أمر واحد فلا تنجزاً ، فتست مطلقاً أو تنسفي مطلقاً ، ولا يخلو هذا من قوة ، وهو مختار المصنف في التذكرة^(٣) وشيخنا في الدروس^(٤) .

وأما البدوي . فلأن التقاطه يؤدي إلى ضياع نسبه ، وهو قول الشيخ في

(١) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

(٣) الدروس : ٢٩٨ .

ويجب على الملتقط الحضانة ، فإن عجز سلمه إلى القاضي .
وهل له ذلك مع الترم والقدرة ؟ نظر ينشأ : من شروعه في فرض كفاية
فلزمه .

المبسوط^(١) ، ويصحف : بعدم علم مانعته وعدم انضباط الأحوال ، فربما كان
ذلك سبب ظهور نسيه ، والأصح الجوار

ومنه يظهر وجه احتمال الجمع في مشيء السفر ، والمعتمد الجواز فيه
أيضاً ، والمراد بمشيء السفر من ابتداء به أو قرب منه جداً ، بحيث صار
بمنزلة المسافر .

قوله : (ويجب على الملتقط الحضانة)

المراد بوجوب ذلك عليه : وجوب صدوره عنه ، ولو بالاستعانة بالغير
بحيث يقوم عليه ، ولا يحجب عنه الشيء مما يستدعي من ذلك أجرة عانة ،
كالارصاع وغسل ثيابه ويولد ما يحتاج إليه الاتفاق عليه من المال ، وبهذا يحل
كلامه ها وفي التذكرة ، فانه قد فيها الواجب على الملتقط حفظه وتربيته
دون نفقته وحضانه^(٢) قال في لدروس يجب حضانه بالمعروف ، وهو
القيام بتعهده على وجه المصلحة ، نفسه أو زوجته أو غيرهما^(٣)

قوله : (فإن عجز سلمه إلى القاضي) .

لأنه ولي من لا ولي له ﴿ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾^(٤)

قوله : (وهل له ذلك مع الترم والقدرة ؟ إشكال ، ينشأ : من
شروعه في فرض كفاية فلزمه) .

(١) المبسوط ٣ : ٣٤١ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

(٣) الدروس : ٢٩٨ .

(٤) البقرة ٢ : ٢٨٦ .

والأقرب أن له السفر به والاستيطان به في غير بلد الالتقاط ، فلا يجب انتزاعه منه حينئذ . ونفقته في ماله وهو ما وقف على اللقطاء ، أو وهب منهم ، أو أوصي لهم ويقبله القاضي ،

لقله تعالى . ﴿وَلَا تَبْذُلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾^(١) ولأنه استحق الولاية بالأخذ ، ولهذا يقدم به على غيره ، فيجب عليه القيم بمقتضاها . ويحتمل جوار دفعه إلى القاضي ، لأنه ولي الضائع ويضعف . بأنه ولي عام ، فولايته على من لا ولي له ، والملتقط ولي خاص

وفي التذكرة بنى الحكم في ذلك على أن الشروع في فروض الكفايات هل يوجب إتمامها وتعيينها على الشارع أم لا ؟ واحتلّم حوار التسليم إليه^(٢) ، والأصح عدم .

قوله : (والأقرب أن له السفر به والاستيطان به في غير بلد الالتقاط ...) .

وحه القرب . أنه ولي ، فيحور له ما يحوز بعيره من الأولياء ، ولأن الأصل عدم الحر عليه في ذلك ، ولأن المصع ربما يؤدي إلى ضرر الطفل ويحتمل المصع ، لأن ذلك يقضي إلى صباع سبه ، فانه إنما يطلب في موضع الالتقاط .

ويضعف . بأنه ربما كان السفر به محصلاً لسبه ، والأصح أنه إذا كان الملتقط عدلاً ظاهراً وباطناً جاز له السفر به ، ولو كان عدلاً ظاهراً خاصة لم يجز ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه ، وهو خيرة المسروط^(٣) .

قوله : (ونفقته في ماله ، وهو ما وقف على اللقطاء ، أو وهب منهم ، أو أوصي لهم ، ويقبله القاضي ...) .

(١) محمد (ص) : ٤٧

(٢) التذكرة ٢ : ٢٧١

(٣) المسروط ٣ : ٣٤٥

أو ما يده عليه عند الالتقاط كالموقوف عليه ، والمشدود في ثوبه ،
والموضوع تحته ، والدابة تحته ،

لا ريب أنه لا يجب على الملتقط النفقة على اللقيط من مال نفسه ، بل
ينفق عليه من مال اللقيط ، وماله أنواع : منها ما وقف على اللقطاء ، أي .
على هذا الصنف ، كالموقوف على الفقراء ونحو ذلك ، وهو ظاهر . ومنها
الموهوب منهم ، أي : من اللقطاء . ويقبل الهبة لهم الحاكم كما يقبل
الوقف ، إن قلنا باشتراط القبول في مثل ذلك ، فعلى هذا تصح الهبة للمصنف
كما يصح الوقف عليهم ، ونقله المصنف في التذكرة عن بعض الشافعية ، وذكر
أنه قد اعترض عليه : بأن الهبة لا تصح على غير معين - ثم قال في جوابه -
وقال آخرون : يجوز أن ينزل الجهاد العامة منزلة المسجد ، حتى يجوز
تمليكها ، كما يجوز الوقف عليها ، وحيتث يقبله القاضي ، وليس بشيء^(١) .
هذا كلامه ، وما ذكره مسوقاً

فكلامه هنا إن أراد به جواز الهبة للمعنة فليس بجيد ، ومختار التذكرة هو
المعتمد وإن أراد به الهبة لمعنيين من اللقطاء ومن جعلتهم لقيط مخصوص ، فلا
شبهة في الحكم ، لكن المتبادر من العبارة غير هذا .

ولا يخفى أن الوصية كالوقف وقول المصنف : (ويقبله القاضي) يعود
إلى كل من الهبة والوصية ، وكذا الوقف على القول باشتراط القبول في هذا
النوع منه .

واعلم : أنه لا ينفق عليه من ماله إلا بعد استئذان الحاكم ، لأنه لا ولاية
له على ماله ، وإنما له الحضارة ، فان استقل بالانفاق منه ضمن ، وسيأتي
التصريح بذلك في كلام المصنف .

قوله : (أو ما يده عليه عند الالتقاط ، كالموقوف عليه ، والمشدود
على ثوبه ، والموضوع تحته ، والدابة تحته) .

والخيمة والفسطاط الموجود فيهما ، والدار التي لا مالك لها ، وما في هذه الثلاثة من الأقمشة .

ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه ، أو بين يديه ، أو على دكة هو عليها ، ولا بالكنز تحته

فإن اليد في كل واحد من هذه حافية ، وهي دالة على الملك ، ومثله ما لو غطي به كاللحاف ، والظاهر أن قوله . (عند الالتقاط) مستدرك ، بل مصر ، فإن ما كانت يده عليه قبل الالتقاط ثم رالت معارض - كطائر أفلت من يده ومتاع سقط - محكوم بكونه له

قوله : (والخيمة والفسطاط الموجود فيهما)

بحر الصفة ، أعني . (الموجود) لأنها صفة لـ (الخيمة) و (الفسطاط) بالسببية ، و (الفسطاط) بيت من شعر ، ولا ريب أن اليد هي كل شيء بحسب حال ذلك الشيء ، والخيمة والفسطاط بيتان ، فالكون تحتهما وضع لليد عليهما .

قوله : (التي لا مالك لها) .

هي صفة لكل من (الدار) و (الخيمة) و (الفسطاط) ويحتمل عوده إلى جميع ما ذكر ، من قوله : (كالمنفوق .) لأن ما علم أن له مالكاً غيره لا عبء بيده عليه .

قوله : (وما في هذه الثلاثة من الأقمشة) .

تخصيص الثلاثة بالذكر ، يشعر بأن التي لا مالك لها صفة للجميع لا للثلاثة ، وإلا لكان ذكر الثلاثة مستدركا ، ووجهه : أنه إذا كانت يده على البيت فيله على ما فيه ، فيكون له .

قوله : (ولا بالكنز تحته) .

وإن كان معه رقعة أنه له على أشكال ، فإن لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان ، فإن تعذر استعان بالمسلمين ،

أذ لا يدلس جلس على أرض مباحة مدهون فيها كنز بالسببة إلى الكنز قطعاً ، أما لو كان الكنز في بيت مملوك له باعتبار كون يده عليه ، فإن يده عليه ، فيكون مملوكاً له .

قوله : (وإن كان معه رقعة أنه له على أشكال) .

أي . لا يحكم له بشيء من المذكورات وإن كان معه رقعة مكتوب فيها : أن ذلك الشيء له ، على أشكال ، يشأ من انتفاء اليد وأسباب الملك وإمكان تزوير الخط وانتفاء حجة ، [ومن أنه أمارم] .

والأصح أنه إن أثبت الكتابة طناً قوياً - كالصك الذي تشهد القرائن بصحته ، خصوصاً إن عرفت فيه خط من يؤثق به - عمل بها ، فإنا نجوز العمل في الأمور الدينية بخط المقيي إذا من تزويره ، وإنما يشرطن القوي .

هذا إذا لم يكن معارص من يد أخرى ، ولا دعوى مدع ، ولا قرينة أخرى تشهد بخلاف ذلك ، وإلا فلا

ولا يخفى أنه إذا تحقق ما شرطناه ، لا يشترط في الحكم كون الرقعة معه ، بل لو كانت في المتاع أو كان مكتوباً عليه لا تفاوت ، وإن كانت عبارة الكتاب قاصرة .

قوله : (فإن لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان) .

وجوباً إن لم يتبرع هو ولم يجد من يتبرع ، وإلا جاز له الاقتصار على الانفاق من ذلك المتبرع به .

قوله : (فإن تعذر استعان بالمسلمين) .

أي : فإن تعذر ذلك - وهو الاستعانة بالسلطان ، إما لعدم إمكان الوصول

ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية، فإن تعذر انفق الملتقط، فإن نوى الرجوع رجع وآلاً فلا .

إليه ، أو لكونه لا مال عنده ، أو لأن ما عنده يجب صرفه فيما هو أضر من ذلك - وجب عليه الاستعانة بالمسلمين ، إن كان لا يشرع ولا يجد متبرعاً كما سبق .

قوله : (ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية) .

إما تبرعاً أو قرصاً ، كما صرح به في التذكرة^(١) ، وهو ظاهر ، فإن الواجب على الكفاية رفع حاجة المحتاج لا التبرع

فان قيل : لما كان الملتقط من جملة من يتعلق به هذا الواجب الكفائي ، لم يحتج إلى ترتيب الوجوب على المسلمين أولاً ومنع التعذر فيجب عليه ، بل لا يصح ذلك ، لتعلق الوجوب به بعد تعذر الاستعانة بالسلطان

قلنا . لا كلام في تعلق الوجوب به في الجملة مع المسلمين ، لكن لما لم يجب عليه التبرع كما لا يجب على المسلمين ، وقد يرجى وجود متبرع أو متصدق ، لم يجر له الإنفاق على قصد الرجوع قبل اليأس من المتبرع .

قوله : (فان تعذر أنفق الملتقط)

ينبغي أن يراد : أنه إذا تعذرت إعدة المسلمين تبرعاً ، لأهم إذا بدلوا النفقة قرصاً ، لم يكن بينهم وبين الملتقط فرق بالنسبة إلى مصلحة اللقيط ، فلا وجه لتوقف إنفاقه قرصاً .

قوله : (فان نوى الرجوع رجع ، وآلاً فلا) .

خلافاً لابن إدريس ، فإنه قال : لا يرجع مع نية الرجوع لتبرعه^(٢) ، وهو ضعيف ، فإنه مأخوذ في ذلك شرعاً .

(١) التذكرة ٢ : ٢٧٢ .

(٢) الرائر . ١٨٠ .

ولو ترك الاستعانة مع امكانها فلا رجوع .

ولو ظهر رقه رجع مع عدم الشرع على سيده ، وعليه مع الحرية إن كان موسراً أو كسوباً ، وإلا فمن سهم الفقراء أو الغارمين .

نعم لا بد من نية الرجوع ، وظاهر كلامه في التذكرة^(١) اعتبار الاشهاد مع ذلك ، فلا يرجع بدونه ، وهو مخالف لما سبق مثله في الوديعة ، والظاهر العلم . . هذا إذا تعدر عليه استئذان الحاكم ، وإلا تعين .

قوله : (ولو ترك الاستعانة مع إمكانها فلا رجوع) .

إذا كانت الاعانة تبرعاً ، فلو قطع بائعاً التبرع ، فلا مانع من الرجوع .

قوله : (ولو ظهر رقه رجع مع عدم الشرع على سيده)

ظاهر العبارة أن التخصيل السابق آت بها ، وهو مقتضى إطلاق كلامهم ، ويحتمل إلحاق المملوك الملتصط بالوديعة ، فعلى لم يجد مالاً للمالك وتعدر استئذان المالك والحاكم ، أنفق ونوى الرجوع ولا حاجة إلى الاستعانة بالمسلمين .

قوله : (وعليه مع الحرية إن كان موسراً أو كسوباً) .

هذا إذا اكتسب وفضل من كسبه عن مؤنته المستثناة في الدين شيء ، فإن الاكتساب للدين غير واجب كما سبق .

قوله : (وإلا فمن سهم الفقراء أو الغارمين) .

أي : ويرجع عليه إن لم يكن موسراً ولا كسوباً من سهم الفقراء والغارمين من الزكاة ، مخيراً في الأمرين ، لتحقيق كل من الوصفين فيه .

وليس للملتقط الإنفاق من مال اللقيط بدون إذن الحاكم ، فإن بادر بدونه ضمن إلا مع التعذر ، ولا يفتقر في احتماظه إلى الإذن .
ولو اختلفا في قدر الإنفاق قَدَّم قول الملتقط مع اليمين في قدر المعروف ،

ويشكل : بأن الرجوع عليه يهم منه ثبوت ذلك جرماً ، ولا يستقيم ذلك في سهم الفقراء ، لأن قبض الفقير الركة مما يتوقف عليه الملك ، وهو موع اكتساب ، فلا يجب لما قلناه ، وبعد جور أخذ المنفق ذلك بدون قبض اللقيط ، لتوقف ملكه له على قصه . نعم يتصور ذلك في سهم العارمين ، لأن صيرورته ملكاً للمديون غير شرط ، ويجوز ادفع إليهم صاحب الدين وإن لم يقصه المديون .

ولو حملت العبارة على أن المراد كون الرجوع موطئاً باختيار اللقيط - مع أنه خلاف المصادر - لم يستقم ذلك بالنسبة إلى سهم العارمين كما حققناه

ولا يخفى أن هذا الحكم إنما هو بعد بلوعه ، أما قبله فلا يمكن الرجوع عليه ، نعم يمكن الأخذ من ماله بادن الحاكم ومن سهم العارمين

قوله : (ولا يفتقر في احتماظه إلى الإذن)

قد ينافي هذا ظاهر قوله في التذكرة : لا ولاية له على ماله ، وإنما له حق الحضانة إلى آخره^(١) .

ويمكن أن يقال : إن المعنى ولاية التصرف لا ولاية الحفظ .

قوله : (ولو اختلفا في قدر الإنفاق ، قَدَّم قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف) .

لأن الظاهر يساعد الملتقط ولم يلتفتوا إلى أن الأصل العدم فيما زاد على

(١) التذكرة ٢ : ٢٧٣ .

وكذا في أصل الإنفاق وإن كان للملقوط مال .

المطلب الثاني: في الأحكام : وهي أربعة :

الأول : النسب : فإن استلحقه الملتقط أو غيره ألحق به ، ولا يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه ، وإن استلحق بالغاً فأنكر لم يثبت .

قدر الصرورة ، فيقدم قول اللقيط في نفي الرائد ، أما ما زاد على قدر المعروف فلا يلتفت إليه في دعواه ، لأنه إن صح كان مفرطاً ، ولا يحلف إلا أن يدعي الحاجة وينكرها اللقيط .

نعم لو وقع النزاع في حين مال أنه أسبقها صلق باليمين ، لتقطع المطالبة باليمين ، ثم يضمن كالفاسد إذا ادعى التلب

قوله : (وكذا في أصل الإنفاق وإن كان للملقوط مال) .

أي وكذا يقدم قول الملتقط في قدر الإنفاق بالمعروف ، لو اختلفا في أصل الإنفاق ، لما قلناه من الظاهر ، ولا يقدم في ذلك وجود مال الملقوط ، لأنه لا يسوغ له التصرف في ماله إلا بأذن الحاكم ، ولأن الموجود لا يتصور كونه المنفق ، والأصل عدم غيره .

قوله : (المطلب الثاني في الأحكام ، وهي أربعة : الأول النسب ، فإن استلحقه الملتقط أو غيره ألحق به) .

للاجتماع على أن استلحاق الرجل الصغير يقتضي لحاقه به ، ولا فرق بين كونه ذكراً أو أنثى ، إلا أن يستلحق مملوك الغير ، فلا يثبت بمجرد ، للإضرار بالمالك ، فلا بد من البيعة .

قوله : (ولا يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه) .

لثبوت النسب شرعاً ، فلا يزول بالإنكار اللاحق .

قوله : (وإن استلحق بالغاً فأنكر لم يثبت) .

الثاني : الإسلام : وإنما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبي وإن كان مميزاً ، لكن يفرق بينه وبين أبويه خوف الاستئزال ، وغير المميز والمجنون لا يتصور إسلامهما إلا بالتبعية ، وهي تحصل بأمور ثلاثة :

أ : إسلام أحد الأبوين ، فكل من انفصل من مسلم أو مسلمة فهو مسلم ،

هذه مذكورة بالاستطراد ، ويكون المراد : استلحاق اللقيط بعد بلوغه .

قوله : (الثاني : الإسلام ، وإنما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل ، دون الصبي وإن كان مميزاً)

لأنه غير مكلف ، فلا يكون إقراره بالشهادتين معتداً به ، وكذا المجنون

قوله : (لكن يفرق بينه وبين أبويه خوف الاستئزال) .

أي . وجوباً ، والاستئزال مصدر استزله عن كذا أي طلب نزوله عنه ، والمراد : إنزال والديه الكافرين له عما أظهره من كلمتي الشهادة ، وفي بعض النسخ خوف الاستئزال ، وهو مصدر استزله عن كذا أي : أزاله ، وللشيخ قول بأنه يحكم بإسلامه إذا بلغ عشر^(١) ، وهو ضعيف .

قوله : (وغير المميز والمجنون لا يتصور إسلامهما إلا بالتبعية) .

لا يحى أن المميز أيضاً كذلك ، لكن إظهار الشهادتين منه يؤثر وجوب التفريق بينه وبين أبويه ، بخلاف من لا تميز له ، لأنه بمنزلة سائر الحيوانات .

قوله : (وهي تحصل بأمور ثلاثة : لأول إسلام أحد الأبوين ، وكل من انفصل من مسلم أو مسلمة فهو مسلم) .

(١) الخلاف ٢ : ١٤١ مسألة ٢٠ كتاب اللفظة .

انفصال النطفة من مسلم موجب للإسلام قطعاً ، حتى أنه لو بلغ الولد فأظهر الكفر كان مرتداً ، لأنه حرره من مسلم حقيقة

أما انفصال الولد من مسلمة ، فإنه إن كان تجدد إسلامها بعد العلق مع كهر الأب ، تكون تبعية الولد لها في الإسلام مسبقة بتبعيته في الكفر ، فلذلك قيل بعدم الحكم لو بلغ فأظهر الكفر ، لسبق كفره على الحكم بإسلامه^(١) ، فهو مرتد عن ملة تقبل ثوبته .

ومثله : ما لو تجدد إسلام الأب بعد العلق والأم كافرة ، وهو مختار المصنف في التذكرة^(٢) ، وعدم الفرق لا يخلو من قوة ، والذي حكاه شيخنا في الدروس^(٣) أن الخلاف في كونه مرتداً بحيث يكون القول الآخر أنه كافر أصلي ، فتكون في المسألة ثلاثة أقوال^(٤) ، وقد صرح المصنف في التذكرة بذلك^(٥) ، وعدم الفرق هو الذي يرشد إليه إطلاق عبارة الكتاب

ووجهه أن الإسلام يعلو^(٦) ، ولأن كل مولود يولد على الفطرة^(٧) ، ولرواية الصدوق عن علي عليه السلام : « إذا أسلم الأب حرّ الولد إلى الإسلام ، فمن أدرك من ولده دعي إلى الإسلام ، فإن أبى قتل »^(٨) قال في الدروس : وهو نص في الباب .

(١) التذكرة ٢ : ٢٧٤

(٢) الدروس : ٢٩٩

(٣) قال السيد العاملي في معجم الكرامة ٦ : ١١١ قد عرفت أن القول الثالث لم يذهب إليه أحد منا ، وإنما هو احتمال للشافعية فلا ينسب حله قولاً

(٤) التذكرة ٢ : ٢٧٤ .

(٥) الفقيه ٤ : ٢٤٣ حديث ٧٧٨

(٦) حوли اللالي ١ : ٣٥ حديث ١٨ .

(٧) الفقيه ٣ : ٩٢ حديث ٢٤٣

(٨) الدروس : ٢٩٩

ولو طراً اسلام أحد الأبوين حكم بالاسلام في الحال ، وكذا أحد الأجداد والجدات وإن كان الأقرب حياً على اشكال .

ب : تبعية السابي المسلم على رأي إن سبي منفرداً ،

قوله : (ولو طراً إسلام أحد الأبوين حكم بالاسلام في الحال ، وكذا أحد الأجداد والجدات) .

لأن الأب يتبع الجد ويكون أصلاً له ، فيكون أصلاً للطفل بطريق أولى ، فإن من بلغ مجنوناً يحكم باسلامه إذا كان أبوه مسلماً ، فولد المجنون يحكم باسلامه لذلك ، ولأن الاسلام للتغليب ، فيكمي آدمي سب قوله : (وإن كان الأقرب حياً على اشكال)

ينشأ : من أن سب التبعية التوقفية وإنها لا تختلف بحياة الأب وموته . كسقوط الفصاحر وحذف القذف . ومن انتفاء ولاية الحصانة للجدين مع الأبوين .

ويضعف هذا : بأن أحقية الأبوين لا تنامي ثبوت التبعية للجدين ، مع ثبوت الولاية والأولوية للجد في النكاح عندما ، والأصح عدم الفرق بين حياة الأب وموته .

قوله : (تبعية السابي المسلم على رأي إن سبي منفرداً) .

هذا قول الشيخ في المبسوط^(١) ، لأن السبي أبطل حرته ، فتبطل تبعية الأبوة ، وتبعية الدار هنا منتفية ، والاسلام على التغليب ، ولا طريق إليه إلا بتبعية السابي .

ويضعف : بأن تبعية الأبوين ثابتة شرعاً مقطوع بها ، ولا دليل على التبعية

ولو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم بإسلامه ، ولو سباه الذمي لم يحكم بإسلامه وإن باعه من مسلم .

ج . تبعية الدار ، وهي المراد هنا فيحكم بإسلام كل لقيط في دار الإسلام ، إلا أن يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم بكفره ،

للسابي ، نعم يحكم بطهارته شرعاً^(١) خاصة ، تبعاً للسابي دفعاً للخرج ، إذ لا بد من مباشرته واستخدامه ، وهو الذي استقر عليه رأي المصنف

قوله : (ولو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم بإسلامه) .

لأن تبعيته للسابي حيث ينقطع عن أبويه ، فاما إذا سبها معه أو أحدهما ، فإن التبعية لهما هي الأصل فيقدم

قوله . (ولو سباه الذمي لم يحكم بإسلامه وإن باعه من مسلم)

لأن الذمي لا ينزع في الإسلام إذ لا حظ له في الإسلام ، وبعض الشافعية^(٢) حكم بإسلامه بذلك ، لأن الذمي من أهل دار الإسلام وبيعه بعد ذلك من مسلم لا يقتضي الحكم بإسلامه ، لأن تملك المسلم طراً عليه وهو كافر ، وإنما تحصل التبعية في الابتداء .

قوله : (الثالث تبعية الدار وهي المراد) .

أي : الأمر الثالث مما به تحصل التبعية في الإسلام : تبعية الدار ، وهذا القسم هو المراد في اللفظة ، إذ لا معنى لتبعية الأبوين والسابي في إسلام اللقيط .

قوله . (فيحكم بإسلام كل لقيط في دار الإسلام ، إلا أن يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد ، فيحكم بكفره) .

(١) لفظ (شرعاً) لم يرد في م و أثبتناه من دقه .

(٢) الوجيز ١ : ٢٥٦ ، المجموع ١٥ : ٣١٧

ويكفر كل لقيط في دار الحرب ، إلا إذا كان فيها مسلم ساكن ولو واحد
تاجر أو أسير ، فإن بلغ وأعرب عن نفسه أن كفر ففي الحكم برده تردد

المراد بـ (دار الاسلام) في عبارته : دار خطها المسلمون كبغداد
والكوفة والبصرة ، أو دار فتحها المسلمون كمداين والشام - فيحكم باسلام
لحيطها - والدار التي كانت للمسلمين ثم غلب عليها الكفار ، كطرسوس^(١)
وبعض سواحل البحر في بلاد الشام

والذي في الدروس : أن دار الاسلام ما يتعد فيها حكم الاسلام ولا يكون
بها كافر ، لا معاهداً^(٢) . وهو أضبط من الذي ذكره المصنف ، ولا ريب أن التي
غلب عليها الكفار لا يحكم فيها باسلام اللقيط ، إلا إذا كان فيها مسلم ساكن^(٣)
يمكن تولده عنه ، فإن لم يكن حكمه يكفره :

قوله . (ويكفر كل لقيط في دار الحرب ، إلا إذا كان فيها مسلم
ساكن ولو واحد ، تاجر أو أسير)

أي ويحكم بكفر كل لقيط في دار الحرب ، إلا إذا كان فيها مسلم
ساكن بها ، ولو أنه واحد وهو تاجر أو أسير وبحوهما ، بشرط أن يمكن تولده عنه
عادة ، ولا يكفي العارة من المسلمين ، إذ لا تبعية في وقت السكون لانتهاء
التقدم ، [ومثله ما]^(٤) إذا تجدد خروجه قبل لانتقاط لانتهاء المقتضي للتبعية ،
وهو وجوده حينئذ .

قوله : (فإن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر ، ففي الحكم برده تردد ،

(١) بفتح اوله وثانيه . مدينة شعور الشام بين انطاكية وحب وبلاد لروم ، وهي من شعور المسلمين
معجم البلدان ٤ : ٢٨ .

(٢) الدروس . ٢٩٩ .

(٣) كلمة (ساكن) لم ترد في د م ووردت في د ق

(٤) لم ترد في د م ، وفي د ق ، وإلا ، وما أثبت من مفتح الكرامة ٦ : ١١٥ وهو الصواب

ينشأ : من ضعف تبعية الدار .

الثالث : الجنائية : وعاقلة اللقيط الإمام إذا فقد النسب ولم يتوال أحداً دون الملتقط ، فإن جنى عمداً اقتصر منه ، وخطأً يعقله الإمام ، وشبيهه العمد في ماله ، وإن قتل عمداً فدلّ الإمام القصاص ، وخطأً الدية .
ولو جنى على طرفه فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الدية له ،

ينشأ : من ضعف تبعية الدار (١) :

أي : لو أظهر أنه كافر بعد بلوغه ، [نشأ التردد] مما ذكره ، ومن سبق الحكم بإسلامه ، ولا يبعد الحكم برده ، لسبق الحكم بطهارته وإحراء أحكام أولاد المسلمين عليه ، ولأن الإسلام هو الأصل ، لأن كل مولود يولد على الفطرة (١) ، وإظهاره الكفر بعد بدوّه لا ينافي إسلامه السابق ، وهذا قويٌّ

نعم لو علم كفر أمّائه وأظهر لكفر بعد بلوغه ، فليس بحرند قطعاً

قوله : (وعاقلة اللقيط لإمام - إذا فقد النسب ولم يتوال أحداً - دون الملتقط) .

أي : وعاقلة اللقيط الإمام دون الملتقط ، وما بينهما اعتراض ، ولا يحفى أن موالاته أحداً إنما تعتبر بعد بلوغه

قوله : (ولو جنى على طرفه ، فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الدية) .

وجه القرب : أن القصاص ثبت ، فيجوز للولي استيفاؤه أو أخذ الدية ، مراعيًا للمصلحة في ذلك ويحتمل العدم ، لأن التشمي مطلوب ، وبكل واحد من الأمرين يفوت . والأصح أنه إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين عمل الولي

(١) عوالي اللآلي ١ . ٣٥ حديث ١٨ .

ولا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم .

ولو أخذ الحاكم الأرض في العمد فبلغ وطلب القصاص فاشكال
ينشأ : من أن أحد المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص .

بمقتضاها ، فانه ربما حشي غوات الأمرين .

وهذا إنما هو في الصغير ، أما المجنون ، فان الولي يعتمد في أمره
المصلحة جزمًا ، والفرق . أن للصبي غيبة تنظر وهو البلوغ ، بحلاف
المجنون ، فانه لا غاية لروال جنونه ، وتأخير إلى غيبة غير معلومة تفويت .

قوله : (ولا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم) .

لأن الملتقط لا ولاية له على الملبط سوى الحصانة .

قوله : (ولو أخذ الحاكم الأرض في العمد ، فبلغ وطلب القصاص
فاشكال ، ينشأ : من أن أحد المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص) .

هذا تفريع على الأقرب ، وهو جوار كن من الأمرين القصاص والدية
للحاكم بحسب المصلحة ، والمراد بالأرض هو الدية ، ولا يحفى ضعف هذا
الاشكال ، لأن الحيلولة هي تعذر الحق من جانب من هو عليه ، وهذا المعنى
متنف هنا ، والمأخوذ برأي الحاكم ومقتضى المصلحة إنما هو في الدية ، ومع
أخذها كيف يبقى القصاص .

وبعد تحرير محل النزاع يسقط هذا لاشكال ، بأن يقال : أحد المال إن
كان بغير رضى الجاني في العمد ، فهو ممنوع منه لا أثر له ويبقى الحكم كما
كان ، ولا دية ولا حيلولة هنا ، لأن الواجب هو القصاص خاصة دون المال .

وإن كان برضاه ، فاسمًا يكون عوضاً عن القصاص ، لأنه المرضى ، فان
المفروض أنه لم يدفعه هبة وتبرعاً ، فان صح أخذه عوضاً وحب الحكم سقوط
القصاص ، وإلا لم يحل أحد المال ، وحيث حكمنا بأنه يجوز أخذه عوضاً مع

الرابع : الحرية . فإن لم يدع أحد رقبته فالأصل الحرية ، ونحكم بها في كل ما لا يلزم غيره شيئاً فملكه المال ، ونفّر من أتلف عليه شيئاً ، وميراثه لبيت المال .

المصلحة وجب القول بسقوط القصص ، وهذا هو الأصح .

قوله : (فإن لم يدع أحد رقه فالأصل الحرية) .

لأن الرقية إنما تثبت بالكفر الأصلي والسبي ، والأصل عدم هذا الوصف ، ولأن كل إنسان ينتهي في الولادة إلى آدم عليه السلام ، فتستصح الحرية إلى أن يشت خلافها .

قوله : (ونحكم بها في كل ما لا يلزم غيره شيئاً ، فملكه المال ونفّر من أتلف عليه شيئاً) .

الحكم بحريته جرياً على الأصل مع الحلو عن المعارض لا شبهة فيه ، فيحكم بملكه المال إذ لا مانع ، فيجب إجراؤه على الأصل ، ولو أتلف عليه متلف شيئاً من المال حكماً بتعريمه ، لأن الإنلاف يقتضي الصمان ، أما مع المعارض - وهو ما إذا اقتضى إلزام غيره شيئاً - فيأتي حكمه .

فإن قيل : التفرير يقتضي إلزام غيره شيئاً ، فكيف حكم به ؟

قلنا . المراد إلزام غيره شيئاً لا يلزم على تقدير الرقية كالفصاص ، أما تفرير المال فإنه ثابت على كل تقدير .

قوله : (وميراثه لبيت المال) .

هكذا قال الشيخان^(١) ، وحمله ابن إدريس على بيت مال الإمام^(٢) ،

(١) المفيد في المقامة ٩٩ ، والطوسي في النهاية ٦٨١ ، والخلاف ٢٠٢ ١٤١ مسألة ٢١ كتاب القطة .

(٢) السرائر ١٨٠

وإن قتله عبد قتل ، وإن قتله حر ، فالأقرب سقوط القود ، للشبهة واحتمال الرق ، فحيثئذ تجب الدية أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على إشكال .

وعن المفيد التصريح بأنه لبيت مال المسلمين^(١) ، وقال الشيخ : ولاؤه للمسلمين^(٢) ، وما ذكره ابن ادريس هو المتح ، لأنه من جملة من لا وارث له .

قوله : (وإن قتله حر ، فالأقرب سقوط القود ، للشبهة واحتمال الرقية) إذا قتل اللقيط حر ، فاما أن يكون عمداً أو خطأ ، فإن كان عمداً ، فالأقرب عند المصنف سقوط القود للشبهة ، حيث أنه لا يقطع بثبوت الحرية لاحتمال الرقية ، فقول المصنف : (واحتمال الرقية) عطف تفسيرى لـ (الشبهة) ومتى شك في شرط القصاص انتفى ، ولأن فارط الدماء لا يستدرك ، فيجب فيها رعاية الإحتياط .

ويحتمل الثبوت ، للحكم بحريته ظاهراً ، ولإجراء باقي أحكام الحرية ، مثل مبايعته وماكحته ، فيجب إحراء الجميع أو بيع الجميع ، لأن الشرط واحد .

قوله : (فحيثئذ تجب الدية ، أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على اشكال) .

أي : فحين حكمنا بسقوط القود للشبهة ، تجب الدية أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على إشكال فيهما ، ينشأ : من أنه حر في نظر الشارع ، وقد حكمنا بسقوط القود للشبهة ، فيجب الانتقال إلى دية كمالاً . ومن الشك فيها وفي

(١) المقدمة : ٩٩

(٢) قاله في الخلاف ٢ : ١٧٤ مسألة ١٣٩ كتب المرائض

(٣) في دق . ومتى شك في الحرية شك في القصاص

الرقية ، فيجب أقل الأمرين ، لأنه المتيقن والرائد مشكوك فيه للشك في سببه .
ولقائل أن يقول : إن الوقع لا يحلو من رقيته وحرية ، فلا بد من
أحدهما ، وعلى أي تقدير كان ، فلا يكون الواجب واحداً من الأمرين
المذكورين ، لأنه إن كان حراً فالواجب الفصاخص لا الدية ، والاحتياط المذكور
معارض باحتياط مثله ، فإن الجدي ربما رضي بالفصاخص ولم يرض بالدية ،
فقهره عليها إلزام له بما لم يثبت عليه ، فيكون باطلاً .

وإن كان رقاً ، فالواجب هو لقيمة لا الدية ، فيبطل احتمال كون الواجب
هو الدية على كل من التقديرين اللذين يحضر الواقع فيهما ، وكذا يمتنع كون
الواجب هو أقل الأمرين مطلقاً على [كل من تقديرين] ^(١) الحرية والرقية ، على
أنه يؤدي إلى إسقاط حق معلوم للثبوت قطعاً ، وذلك إذا قطع منه طرفان
أحدهما أكثر قيمة ، والآخر أكثر دية ، وحيث بطلت اللوارج كلها تعين الحكم
بالمصاخص .

ويؤيده . أنا نحكم بحواز ما كخته ، مع أن المروج مسببة على الاحتياط
التام ، وتمضي جميع تصرفاته استناداً إلى الحكم بحريته ، ولأن كل من كان
ظاهرة الحرية يحكم له بالفصاخص ، مع أنه قد يتطرق الاحتمال إليه

والذي يساق إليه النظر : الحكم بالفصاخص ، لأنه أسد من ارتكاب مالا
يدل عليه دليل ، ولو ظهر خلافه فهو بيت المال ، لأنه من خطأ الحكم . هذا كنه
إذا كانت الجناية عمداً ، ولو كانت خطأ ، فعلى ما اختاره المصنف يحتمل
الدية وأقل الأمرين ، والأصح الأول .

(١) في «م» كل تقدير، وفي «ق» تلك التقديرين، وما أشبه من مفتاح الكرامة ٦ . ١١٨ من جميع
المقاصد، وهو الأنسب.

وإن ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد ، ولا منها إذا استندت إلى الالتقاط ، وإن استندت إلى غيره حكماً ظاهراً على أشكال ،

قوله : (وإن ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد ، ولا منها إذا استندت إلى الالتقاط ، فإن استندت إلى غيره حكماً ظاهراً على أشكال) .

أي : إن ادعى مدع رقه ، فالفعل مبني للمجهول أو للمعلوم ، ومرجع الضمير ما سبق في قوله : (فإن لم يدع أحد رقه) . أي : وإن ادعى أحد رقه ، فلا يخلو إما أن يكون المدعي لا يده له أو يكون له يده ، ففي الأول لا تقبل دعواه بدون البينة ، وفي الثاني لا يخلو إما أن تكون اليد مستندة إلى الالتقاط ، أو إلى غيره :

ففي الأول لا عبرة بها ، للمعلم بأن مسبقاً الالتقاط الذي لا يفيد الملك ، والأصل الحرية ، فلا تسمع دعواه الرقية بغير حجة ، وليس ذلك كدعوى المال الذي التقطه ، لأنه ملك على كل تقدير ، فليس هي دعواه تغير له عن صعبته .

وإن كانت مستندة إلى غير الالتقاط ، فانه يحكم بها ظاهراً على أشكال ، ينشأ : من أن ظاهر اليد الملك ، ومن أن هذا في غير من ثبتت حرته ظاهراً ، واللقيط محكوم بحرته ظاهراً ، قال الشيخ في المبسوط : يحكم له بشهادة اليد مع اليمين^(١) .

واعلم أن في تصوير هذه المسألة خفاء ، فإن ثبوت يده أخرى مع يده الالتقاط لا يكاد يتصور ، فإن اللقيط من لا يده عليه ، فمتى كان لآخر يده عليه فليس بلقيط .

ثم أنه إذا كان لشخص على آخر يد وسلطنة ، يكون محكوماً بكونه رقاً له

فلان بلغ وأنكر ففي زوال الرق إشكال .

من غير إشكال ، فأي وجه لهذا الاشكال ؟

وينبغي تنزيل العبارة على ما ذكره المشرح عميد الدين : من أن الملتقط إذا ادّعى رقه وأسد اليد عليه إلى غير الالتقاط ، كأن قال : هذا عبدي وكان لي عليه يد ثم خمل فالتقطته ، فينتجه حيثل الاشكال ، وإن كان خلاف المتبادر من قوله : (استندت) لأنه يقتضي الاستناد في الواقع ، فكان حقه أن يقول : فإن استند إلى غيره .

ومشؤه من أن اليد ثابتة ، وقد أسندها إلى ما يقتضي الملك ، فلا يتوقف الحكم بدلائنها على الملك على العلم بسببها ، ومن أن الالتقاط هو السبب المعلوم ، والأصل عدم غيره ، فتحال اليد عليه ، وهو دال على الحرية ، فيحتاج المملك إلى حجة ، وليس هو كالأيد التي لم يقارنها وصف الالتقاط ، لانتفاء المسامي معها ، فيقتضي فيها بالملك ، وللتردد في ذلك مجال .

ولا يخفى أن قوله : (ولا منها إذا استندت . . .) لا يخلو من مناقشة لأن المراد عود الصمير إلى (غير صاحب اليد) فكان حقه التذكير .

قوله : (فلان بلغ وأنكر ، ففي زوال الرق إشكال) .

أي : بناء على الحكم بالرقية ظاهراً في المسألة السابقة ، لو بلغ اللقيط فأنكرها ، ففي زوال الرق الذي ثبت ظاهراً إشكال ، ينشأ : من ثبوته ، فلا ينتهي إلا بحجة شرعية . ومن أن الأصل الحرية ، وثبوت الرق ظاهراً لانتفاء المنازع ، وقد تحقق المنازع الآن ، فلا يحكم بغير بية أو تصديقه ، وهذا الاشكال فرع على الحكم بالرقية ظاهراً في المسألة السابقة ، كما نبهنا عليه ، لامتناع الرقية مع الحكم بالحرية وعدم الالتفات إلى الدعوى .

وعلى ذلك التقدير فلا يخفى ضعف الاشكال ، لأنه إذا حكم برقه لليد لا

ولو أقام بينة حكم بها ، سواء أطلقت أو امتدنت إلى سبب كإرث أو شراء ، ولو شهدت بأنه ولد مملوكته فأشكال يشأ : من أنها قد تلد حراً .
ولو بلغ وأقر بالعبودية حكم عليه إن جهلت حرية ولم يقر بها أولاً ، ولو أقر أولاً بالحرية ثم بالعبودية فالأقرب لقبول .

يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه ، كما هي سائر نفاثته .

قوله : (ولو أقام بينة حكم بها ، سواء أطلقت أو امتدنت إلى سبب كإرث أو شراء) .

تقل في الحالين لشهادتها بالملك ، ولا يتوقف قبولها على الاستناد إلى سبب ، والإطلاق ضد الاستناد إلى سبب ، ولو قال : إذا اسدت لكان أولى كما لا يخفى .

قوله : (ولو شهدت بأنه ولد مملوكته فأشكال يشأ : من أنها قد تلد حراً) .

ومن أنه نماء مملوكته والأصل تبعيته لها ، والأصح العلم ، لأنها شهادة بالأهم من الدعوى ، فلا يشك بها ، وقد رجع المصنف في كتاب القضاء عن هذا الاشكال إلى الجزم بعدم القبول .

قوله : (ولو بلغ فأقر بالعبودية حكم عليه إن جهلت حرية ، ولم يقر بها أولاً) .

قطعاً ، لعموم : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز »^(١) ، ويشعي أن يقيد بما إذا لم يستلزم الإقرار ضياع حق آخر أو إلزامه بحق .

قوله : (ولو أقر أولاً بالحرية ثم بالعبودية ، فالأقرب القبول) .

وجه القرب : عموم نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم ، وقال الشيخ : لا

(١) حوالى اللالي ٢ : ٢٥٧ حديث ٥٥ .

ولو أقر بالعبودية أولاً لواحد فأنكر فأنقر به لغيره فاشكال ينشأ : من الحكم بحريته برد الأول إقراره ، ومن عموم قبول إقرار العاقل .

ولو سبق منه تصرف ، فإن اقيم بينة على الرق جعلت التصرفات كأنها صدرت من عبد غير مأذون .

ولو عرف رقه بإقراره لم يقبل فيما يضر بالغير ، فيستمر النكاح لو كانت امرأة ، ويثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل ، والأولاد

يقبل ، لانا حكمنا بحريته والزمنه أحكامها من الحج والجهاد وغيرهما^(١) ويرد : أن ذلك يقتضي عدم قبول إقراره من ظاهره الحرية ، لوجوب ذلك عليه ، وهو معلوم البطلان .

ولا يفتى أن إقراره بالحرية لا يقتضي كونه حراً في نفس الأمر ، وربما كان الحال غير معلوم عنده ثم تجدد العلم به ، وإنما يقبل إقراره فيما لا يضر بغيره .

قوله : (ولو أقر بالعبودية أولاً لواحد ، فأنكر فأنقر لغيره فاشكال ، ينشأ من الحكم بحريته برد الأول إقراره ، ومن عموم قبول إقرار العاقل) .

والأصح الثاني ، لأن رد الأول لا يقتضي حرته ، إنما يقتضي كون الرقية التي أقر بها ليست له ، ولهذا لو رجع عن الإنكار إلى الإقرار قل ، وربما لم يكن حالاً بالمال أو كان غلطاً أو تعمد الكذب ، ولا يمنع شيء من ذلك قبول إقراره الثاني .

قوله : (فيستمر النكاح لو كانت امرأة) .

أي : لو كانت المملوطة امرأة وأقرت بعد النكاح بالرقبة ولم تقم بينة فإن النكاح يستمر ، إذ لا يسمع إقرارها فيما يضر بالزوج .

قوله : (ويثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل) .

لأنه إن كان للمسمى أقل ، فالزيادة التي مستندها مجرد أقرارها لا تنجب ، وإن

احرار ، وعدتها ثلاثة اقراء ، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام .
ولو قذفه قاذف وادعى رقه ، وادعى هو الحرية تقابل أصلاً براءة
الذمة والحرية فيثبت التعزير .

كان مهر المثل أقل ، لم يحل^(١) للسيد لمطالبة بالرائد ، لأن الواجب على تقدير
ملكه إياها هو مهر المثل .

وهل يجب على الزوج بدل الرابدة؟ وجهان أحدهما عدم ، لاتفاق
الزوجة والسيد على عدم استحقاقها ، وهو قوي . هذا إذا لم يكن قد سلم
الروح المهر إليها ، فإن كان قد سلمه لم يكر للمعلم المطالبة ، لما تقرر من
عدم سماع إقرارها فيما يصّر بالغير .

قوله : (وعدها ثلاثة اقراء) .

سواء كانت رجعية أو نائية ، جائلاً أو حاملاً ، لأن الحامل تمتد بأحد
الأجلين ، لأن قصرها يفتضي سقوط حق المطلق ، لأنه في الرجعية يستحق الرجعة
إلى آخر عدة الحرة ، وفي البائن يحرم عن العبر التصريح لها بالخطبة لحقه دونه ، فإنه
يجوز له التصريح في بعض أقسام العدة البائنة ، ولا يستثنى من ذلك المطلقة الحامل
البائنة إذا قلنا أن النفقة لها ، وكذا من جرى مجراها ، لأن الرائد من النفقة يسقط
باقرارها وتصديق السيد ، فيبقى حقه بغير معارض .

قوله : (وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام) .

لأن الحداد واجب وهو حق للزوج ، ولأن في تعحيل النكاح إصرار بالورثة ،
لأنهم يتألمون بذلك وتحتمل عدة الأمة ، لأنه لاحق للزوج في عدة الوفاة ، بل هي
لمحض حق الله تعالى ، بخلاف عدة الطلاق ، لأنها لحفظ مائه .

قوله : (ولو قذفه قاذف وادعى رقه وادعى هو الحرية ، تقابل أصلاً
براءة الذمة والحرية ، فيثبت التعزير) .

(١) في دق . لم يجز

ولو قطع حر يده تقابلاً أيضاً ، لكن الأقرب هنا القصاص ؛ لأن العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضاً ، بخلاف التعزير المعدول إليه فإنه متيقن ،

هذا رجوع إلى أصل الدب ، أي لو قُذف اللَّقِيط قاذف وإدعى رقه وإدعى هو الحرية ، ثبت التعزير لنساقط لأصليين ، فيرجع إلى المتيقن ، وهذا أحد القولين ، والاخر ثبوت الحد .

والتقابل الذي إدّعاء غير وصح ، فإن أصل براءة الذمة قد تحقق الانتقال عنه باشتغالها بعقوبة قذف من حكم بحريته وحرث أحكام الأحرار عليه ، وهو الأصح .

قوله : (ولو قطع حر يده تقابلاً أيضاً ، لكن الأقرب هنا القصاص ، لأن العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضاً ، بخلاف التعزير المعدول إليه ، فإنه متيقن) . أي . لو قطع حر يده اللَّقِيط المحكوم بحريته تقابلاً للأصلان هما أيضاً ، لكن الأقرب هما ثبوت القصاص .

لا يقال الحكمان متناهيان ، لأن تقابل الأصليين في المسألة الأولى والثانية قائم فالحكم بالتعزير هناك لاحتمال الرقية ، وبالقصاص هنا الذي لا يثبت إلا على تقدير الحرية مما لا يجتمعان ، لأننا نقول :

المانع من أخذ الذية في اثباتية قائم ، لأنه إنما يثبت على تقدير الرقية ، وهي مشكوك فيها ، والعدول من مشكوك فيه إلى مشكوك فيه باطل ، فتعين الأخذ بما دل عليه المرجح ، وهو أصالة الحرية ، بخلاف لتعزير ، فإنه ثابت على كل من تقديري الحرية والرقية ، والمشكوك - وهو الرائد - يسقط ويؤتى بالمعلوم ، وإلى هذا الجواب أشار بقوله (لأن العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضاً . . .) .

ويشكل ما ذكره من الفرق ، فإن التعزير غير واجب على تقدير الحرية ، بل الواجب قدره في ضمن الحد ، ولتعزير هو ذلك القدر المحصوص دون ما زاد ، فالعدول إليه أيضاً عدول إلى مشكوك فيه ، ثم أنه يتفحص بما ذكره سابقاً في الجناية

ولا ولاية للملئقظ عليه بل هو سائبة يتولى من شاء .

الفصل الثاني : في الحيوان : ويسمى ضالة ، ويجوز لكل بالغ عاقل على كراهية - إلا مع تحقق تلفه

على النفس

ولا يتوهم أن الأمر في الطرف أسهل منه في النفس ، لأن الاقتصاص في الطرف قد يسري إلى النفس ثم يقال إن قول (لأن العدول إلى القيمة مشكوك فيه) يقتضي إنحصار الحال في العدول إلى القيمة التي هي فرع الرقية ، ولم لا يجوز أن يكون العدول إلى الذبة التي هي فرع الحرية ، أو أن الأمرين الذي هو المتيقن ، على كل من التقديرين .

والحق أن كل ذلك ضعيف بل إجبرء أحكام الحرية هو المعتد ، لأن العدول عنها خروج عن الحكم الشرعي إلى محرمه ، رأي ، كما حققناه

قوله : (ولا ولاية للملئقظ عليه ، بل هو سائبة يتولى من شاء)

قد علم غير مرة أن ولاية الملئقظ على المقيط إنما هي في الحضائنة لا في غير ذلك ، فهو سائبة له أن يتولى من شاء بعد بدو

قوله : (الفصل الثاني : في الحيوان ، ويسمى ضالة ، ويجوز لكل بالغ عاقل على كراهية ...) .

يندرج في البالغ العاقل المرتد عن فطرة ، مع أنه ليس له أن يملئقظ ، ولو التفت بني على أنه لو حار المباحات هل تنتقل إلى ورثته ، أم لا فيجوز انتزاعها من يده لكل أحد ، فبأيهما حكم به يأتي مثله هنا

قوله : (إلا مع تحقق تلفه) .

أي : على كراهية ، إلا في هذه الحالة ، فتروى الكراهية ، قال في

وإن كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً - التقاط كل حيوان مملوك ضائع لا يد لأحد عليه

التذكرة : أما إذا تحقق التلف ، فله ترول الكراهية ويبقى طلقاً^(١) يدل على الكراهية قول الباقر عليه السلام : « لا يأكل الضالة إلا الضالون »^(٢) وهو مخصوص بقول الصادق عليه السلام : « الضوال لا يأكلها إلا الضالون إذا لم يعرفوها »^(٣) فإن مفهوم الشرط معتر ، فيبقى نفي الكراهية مع تحقق التلف مستنداً إلى الأصل .

فإن قيل : فعلى هذا تخص الكراهية بما إذا لم يعرفها وإن لم يتحقق التلف .

قلنا الكراهية فيما عدا هذه الصورة بالاجماع ، ورواية الشاة يهمم بها عدم تحقق التلف ، حيث قال عليه السلام : « هي لك أو لاختك أو للذئب »^(٤) فيكون قوله عليه السلام : « وما أحب أن أمسها »^(٥) غير مضاف لما قلناه .
قوله : (وإن كان عبداً) .

سواء أذن المولى أم لا إذ لم ينه ، لأنه أهل للاكتساب ، وظاهر كلام التذكرة أن هذا الحكم إجماعي^(٦) .
قوله : (أو كافراً أو فاسقاً) .

لأن الالتقاط اكتساب ، والكافر والعاسق أهل له .
قوله : (ضائع لا يد لأحد عليه) .

(١) التذكرة ٢ : ٢٦٦

(٢) التهذيب ٦ : ٣٩٦ حديث ١١٩٣

(٣) التهذيب ٦ : ٣٩٤ حديث ١١٨٢ .

(٤) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٢ .

(٥) المقية ٣ : ١٨٨ حديث ٨٤٨ ، التهذيب ٦ : ٣٩٤ حديث ١١٨٥

(٦) التذكرة ٢ : ٢٦٩

في الفلاة ، فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً أو كان في كلاً وماء ، فإن أخذه حيثئذ ضمنه .

وإذا بتسليمه الى المالك أو الحاكم مع فقده ، لا يرسله في موضعه ، ويرسله الحاكم في الحمى فإن لم يكن باعه وحفظ ثمنه لمالكة .

قد يقال : إن قوله : (ضائع) مفر عن قوله . (لا يد لأحد عليه) لأن المراد بالضائع : الصال ، ولا يكون صالاً مع ثبوت اليد عليه .

ويجيب بأن المراد بضائع عن مالكة ، وما هذا شأنه لا يمتنع أن يكون عليه يد ملتقط آخر سابق ، وحيث فلا يجوز للأحق التقاطه ، وأعلم أن قوله : (كل حيوان) يشي من عموم ما سيذكره بعد .

قوله : (في الفلاة) .

فالضائع في العمران لا يجوز أخذه ولا بعد لفظة

قوله : (فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً ، أو كان في كلاً وماء) .

للشي عن التعرض إليه في كل من الموضعين في رواية هشام بن سالم الحسنة عن الصادق عليه السلام^(١) ، والكلاً مهموز كجمل . العشب .

قوله : (ويرسله الحاكم في الحمى^(٢)) ، فإن لم يكن ، باعه وحفظ ثمنه لمالكة .

ظاهره أن الحاكم إنما يبيعه مع فقد الحمى ، وفي الدروس : أنه يعتمد من الأمرين ما يراه مصلحة^(٣) ، وهو حسن ولو لم يجد الحاكم فهل يسوغ له

(١) الكافي ٥ . ١٤٠ حديث ١٢٢ ، المقية ٣ ١٨٨ حديث ٨٤٨ ، التهذيب ٦ ٣٩٢ حديث ١١٧٦

(٢) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦ ١٢٧ راجعاً : الحمى الذي حمى الإمام لغيره المجاهدين والضوال

(٣) الدروس : ٣٠٠

ولو تركه من جهد في غير كلاً ولا ماء جاز أخذه ، ويملكه الواجد
ولا ضمان .

وفي رد العين مع طلب المالك إشكال .

بيعه؟ وعلى تقدير عدم البيع لو أنفق عليه ، هل له الرجوع إذا قصده ، أم يكون
كالشاة المأخوذة من العمران؟ كل محتمل

قوله : (ولو تركه من جهد في غير كلاً ولا ماء جاز أخذه) .

للأخبار^(١) الدالة على ذلك ، وظاهر قول أمير المؤمنين عليه السلام :
« أنه إن تركها في غير كلاً وماء فهي للذي أحياها »^(٢) ، أن المتروك في كلاً ولا
ماء هناك أو بالعكس يؤخذ ، لانتهاء الأمرين حيث شئ ، ولأنها لا تعيش بدون
الماء ، وضعفها يسميها عن الوصول إليه .

قوله (ويملكه الواحد ولا ضمان)

للأخبار الصريحة في ثبوت لملك على وجه انقطع سبيل المالك عنها ،
فإن في صحيحة عداة بن سنان عن الصادق عليه السلام . « من أصاب مالاً أو
بغيراً في فلاة من الأرض قد كُت وقامت وسيبها صاحبها لما لم يتبعه ، فأخذها
غيره ، فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحياها من الكلال ومن الموت ، فهي له ولا
سبيل له عليها ، وإنما هي مثل الشيء المباح »^(٣)

والظاهر أن المراد بالمال ما كان من المواب التي تحمل ونحوها ، بدليل
قوله . « قد كُت وقامت وسيبها صاحبها لما لم يتبعه » والرواية نص صريح في
عدم الضمان .

قوله : (وفي رد العين مع طلب المالك إشكال) .

(١) الكافي ١٤١ : ٥ حديث ١٣ ، ١٤ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ - ٣٩٣ حديث ١١٧٧ ، ١١٧٨ ، ١١٨١ .

(٢) الكافي ٥ : ١٤١ حديث ١٦ ، التهذيب ٦ : ٣٩٣ حديث ١١٨١ .

(٣) الكافي ٥ : ١٤١ حديث ١٣ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٧ .

وكذا التفصيل في الدابة والفرقة والحمار ، أما الشاة فتؤخذ ويتخير
الأخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها إلى الحاكم ولا ضمان فيهما ،

ينشأ : من عموم قول الباقر عليه السلام في رواية « فإذا جاء طالبه رده
إليه »^(١) ومن حصول الملك للثاني فلا يزور ، والأصح عدم وجوب الرد ،
لنص الصريح في الرواية السابقة^(٢)

ودعوى الشارح . ذات عموم^(٣) ، غير جيلة ، لأنها بالاضافة إلى الرواية
الأولى أخص ، فتكون مقدمة ، وهو محتمل المصنف في التحرير^(٤) ، وشيخنا
في الدروس^(٥) .

قوله : (وكذا التفصيل في الدابة والفرقة)

أي : التفصيل يكون الترك من جهد ، وكونه في كلاً وماء وعدمه ، إلى
آخر الأحكام السابقة ، لشمول رواية ابن سنان لهما ، ورواية مسمع عن
أمير المؤمنين عليه السلام المذكور بعضها سابقاً ، والمذكور فيها الدابة والبعل
والحمار كذلك^(٦) .

وقيل بجوار أخذ الحمار مطلقاً ، لعدم امتناعه من الذئب ، ذكره في
الدروس^(٧) .

قوله : (وأما الشاة ، فتؤخذ ويتخير الأخذ بين حفظها لمالكها أو
دفعها إلى الحاكم ، ولا ضمان فيهما)

(١) الكافي ٥ : ١٣٩ حديث ١٠ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٥

(٢) هي صحيحة ابن سنان السابقة

(٣) أي . ودعوى الشارح أن الرواية السابقة ذات عموم غير جيلة

(٤) إيضاح الفوائد ٢ : ١٤٨ .

(٥) التحرير . ١٢٥

(٦) الدروس . ٣٠٠

(٧) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٣ ، التهذيب ٦ : ٣٩٣ حديث ١١٨١

(٨) الدروس : ٣٠٠ .

وبين تملكها والضمان على اشكال . وكذا صغار الإبل والبقر وغيرهما .

أي : هي الموضعين المذكورين ، لأن الحاكم ولي العائب ، فالدفع إليه مع تعذر المالك كالدفع إلى المالك ، وحفظها بنفسه جائز ، لأنه أمين .

قوله : (وبين تملكها والضمان على اشكال) .

ينشأ : من عموم « فإذا جاء طالبه رده إليه »^(١) ومن إطلاق رواية ابن سنان^(٢) السابقة ، لكن فيها ما قد يناقى المحكم المذكور في الشاة ، وهو قوله عليه السلام . « وميها صاحبها لئلا لم تسعه »^(٣) فإن هذا غير شرط في جواز أخذ الشاة وتملكها إذا كانت في العلاء ، ولا ريب أن الضمان أحوط وأرجح . فإن قيل : إذا جاء صاحبها وهي طرجونة ، فعلى الضمان يجب ردها عليه ، وذلك مناف للملك .

قلنا لا مسافة ، لجوار كون الملك مترلاً .

لأن قيل : متى تحقق الضمان ؟

قلت الظاهر أن الأحذ من حين تملكها صارت مضمومة عليه ، فإن جاء المالك ردها بعينها ، ومع التلف يضمن ، وهل يجب تعريف الشاة المأخوذة من العلاء ؟ قال في التذكرة . الأقرب عدم^(٤) ، لظاهر قوله عليه السلام : « هي لك أو لأحيك أو للذئب »^(٥) فإن المتبادر منه تملكها بغير تعريف ، وليس تقييده بالتعريف بأولى من تقييد دليل التعريف بما عدا الشاة ، وهذا قوي متين .

قوله : (وكذا صغار الإبل والبقر وغيرهما) .

(١) الكافي ٥ : ١٢٩ حديث ١٠ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٥ .

(٢) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٣ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٧ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) التذكرة ٣ : ٢٦٨ .

(٥) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٢ ، المقبه ٣ : ١٨٨ حديث ٨٤٨ ، التهذيب ٦ : ٣٩٤ حديث ١١٨٥ .

ولا تؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها مما يمتنع بعلوه .

أي : حكمهما في جواز أخذها في الفلاة حكم الشاة ، أسنده في التذكرة إلى علمائنا^(١) ، لكن توقف فيه ابن سعيد^(٢) ، نظراً إلى مورد النص ، والأصح . الجواز ، وفي قوله عليه السلام في الشاة : « هي لك أو لأخيك أو للذئب »^(٣) إيماء إليه ، فأنها لا تمتنع من صغار السباع .

وهل يجب التعريف؟ الظاهر نعم ، إذ لا معارض للدليل وجوب تعريف اللفظة سنة ، وهل يصمنها لو تملكها لمالكها لو وحد؟ الظاهر نعم ، لعدم المسقط ، وعموم الرواية عن الباقر عليه السلام^(٤) .

قوله : (ولا تؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها مما يمتنع بعلوه) .

قال في الدروس : إلا أن يحاف ضياعها ، فالأقرب الجواز ، لأن الغرض حفظها لمالكها لحفظها في نفسها ، وإلا لما جاز التقاط الأثمان ، لأنها محفوظة في نفسها حيث كانت^(٥) . وهذا بعينه كلام المصنف في التذكرة ، إلا أنه زاد على خوف ضياعها عن مالكها ، عجز مالكها عن استرجاعها^(٦) . أي : خوفاً ذلك ، كما هو ظاهر العبارة ، وما ذكره وجيه ، ويعرف سنة .

(١) التذكرة ٢ : ٢٦٧ .

وقال السيد العاملي : وقد حكى في جامع المقاصد والمساالك عن التذكرة أنه نسب فيها جواز الأخذ إلى علمائنا ، وبعبارة التذكرة نحلية عن ذلك ، إنما سب إلى علمائنا فيها جواز أخذ الشاة ثم قال بعد سطرين : وكذا الحيوان الذي لا يمتنع من صغار السباع ، فلم يكن داخل تحت معتد ما نسب إلى علمائنا . مفتاح الكرامة ٦ : ١٣٣ .

(٢) الشرائع ٣ : ٢٨٩ .

(٣) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٢ ، الطهية ٣ : ١٨٨ حديث ٨٤٨ ، التهذيب ٦ : ٣٩٤ حديث ١١٨٥ .

(٤) الكافي ٥ : ١٣٩ حديث ١٠ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٥ .

(٥) الدروس ٣٠١ .

(٦) التذكرة ٢ : ٢٦٨ ، وفيها : حكمه حكم الموجود .

أما العمران فلا يحل أخذ شيء من الضوال فيها وإن لم تكن ممتنعة كأطفال الإبل والبقرة ، فإن أخذها تخير بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع ، وبين دفعها إلى الحاكم فإن تعذر أنفق ولم يرجع .

قوله . (أما العمران ، فلا يحل أخذ شيء من الضوال فيها وإن لم تكن ممتنعة ، كأطفال الإبل والبقرة) .

لا كلام في الحكم ، لكن ما الذي يراد من العمران؟ لا ريب أن ما بين البيوت عمران ، سواء كانت بيوت أهل لأمصار والقرى أو أهل البادية . وهل المزارع والساتير المتصلة بالبلد ولا تنفك من الناس غالباً من العمران؟ ليس بعيد ذلك .

قال في التذكرة: ما يؤخذ من الحيوان قريباً من العمران حكمه حكم المأخوذ من العمران ، للعامة القاضية بأن الناس يطمرون دوابهم قريباً من عمارة البلد ، وهو متجه .

وللشيخ قول في المبسوط بأن ما كان من الحيوان في العمران وما يتصل به على نصف مرسع يجوز أخذه ، ممتنعاً كان أو لا ، ويتخير بين الاتفاق تطوعاً والرفع إلى الحاكم ، وليس له أخذها^(١) والمشهور خلافه ، والنص^(٢) ينافيه .

قوله : (فإن أخذها تخير بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع ، وبين دفعها إلى الحاكم ، فإن تعذر أنفق ولم يرجع) .

عدم الرجوع بالتمنعة لكونه عادياً بالأخذ - فيكون متبرعاً - هو المشهور بين الأصحاب . ويظهر من الدروس^(٣) التوقف في ذلك ، حيث أسنده إلى الشيخ^(٤) .

(١) المبسوط ٢، ٣٢٠

(٢) الكافي ٥، ١٤٠ حديث ١٣

(٣) الدروس ٣٠١

(٤) المبسوط ٣، ٣٢٠

ولو كانت شاة حبسها ثلاثة أيام ، فإن جاء المالك وإلا باعها - وفي اشتراط الحاكم اشكال - وتصلق بثمانها وضمن ، أو احتفظه ولا ضمان ،

في^(١) التحرير ما معناه : لا يجوز أحد حصول من العمران ممسعة أو لا ، فإن أخذها أمسكها لصاحبها أمانة وعليه يعقبتها من غير رجوع ، وإن شاء دفعها إلى الحاكم ، فإن لم يجد أنفق ورجع بسبعة^(٢) وفي بعض هذه الأحكام بحث .

قوله : (ولو كانت شاة حبسها ثلاثة أيام فإن جاء المالك وإلا باعها) .

الأصل في ذلك رواية ابن أبي عمير عن الصادق عليه السلام^(٣) ، وهي وإن لم تكن صريحة في الشاة المأخوذة من عمران^(٤) إلا أن الجمع بينها وبين غيرها اقتضى حملها على ذلك

قوله (وفي اشتراط الحاكم اشكال) .

أي : في جواز البيع لأخذها ، ومشأ الاشكال : من تجوز البيع في الرواية^(٥) ، على تقدير عدم محي صاحبها ، فلا يتوقف على شيء آخر ومن أن الحاكم ولي الغائب ، فلا يجوز انتصرف في ماله بدون إذن الحاكم ، والاول أقوى ، وإن كان الاحتياط استدان

قوله : (وتصلق بثمانها وضمن) .

كذا أطلق الأصحاب ، وليس في الرواية^(٥) ذكر الضمان ، ويشكل على تقدير كون العين أمانة الضمان هنا

قوله : (أو احتفظه ولا ضمان) .

(١) كذا في (م) ، (واق) ، والحجري .

(٢) التحرير ٢ : ١٢٥

(٣) التهذيب ٦ : ٣٩٧ حديث ١١٩٦ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) التهذيب ٦ : ٢٩٧ حديث ١١٩٦ .

وفي الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمنها إشكال .

ويجوز التقاط الكلاب المملوكة ، ويلزم تعريفها سنة ثم يتنفع بها إن شاء ويضمن السوقية .

ويستحب الإشهاد على أخذ الضالة .

لأن البيع جائز ، فيكون قبض الثمن مأثوناً فيه شرعاً ، وهل العين كالثمن أماته؟ قال في الدروس : نعم^(١) ، وبكلاهما مشكل ، لأنه إذا كان الأخذ ممنوعاً منه كان علواناً ، والعلوان يقتضي الضمان ، وتجوز البيع لا يقتضي عدم الضمان .



قوله : (وفي الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمنها إشكال) .

هنا مسألتان :

أ : المأمور به في الحديث الصدقة بالثمن ، فهل تجوز الصدقة بالعين؟ فيه إشكال ، ينشأ : من عدم التماثل بين الصدقة بالعين والثمن ، ومن الوقوف عند مورد النص ، والثاني أقوى .

ب : هل تجوز الصدقة بالثمن قبل التعريف حولا ، أم لا؟ فيه إشكال ، ينشأ : من أن ظاهر الرواية الصدقة بالثمن بعد البيع ، فلا يتوقف على أمر آخر . ومن عموم وجوب التعريف في اللفظة ، ولأنه أقرب إلى وصول المال إلى مستحقه ، ولأنه ربما كان فائدة البيع والتصدق بالثمن ذلك دون التصديق بالعين ، والأصح الأول ، عملاً باطلاق الرواية ، ولا دليل على تقييدها بدليل التعريف ، إذ لا أولوية بين تقييد هذه أو تخصيص ذلك ، ولا ريب أن التعريف أحوط .

ولو التقط الصبي أو المحزون الصلة انترعه الولي وعرفه صة ، فإن لم يأت المالك تخير مع الغبطة في ابقائها أمانة ، وتمليكه مع التضمين .
وإذا لم يجد الأخذ سلطاناً ينفق أنفق ورجع على اشكال ، ويتقاصر مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه .

قوله : (ولو التقط الصبي أو المحزون الضالة انترعه الولي .) .
يجب على الولي ذلك - كما يجب عليه حفظ مالهما - وعدم تمكينهما منه ، لما أنهما لا يؤمنان على عدم إتلافه .

قوله : (وإذا لم يجد الأخذ سلطاناً وأنفق رجع على إشكال)
أي : أحد اللقطة إذا لم يحل سلطاناً ليلزم اللقطة إليه أو يتأده في الاتفاق ، فلا ريب في وجوب الاتفاق عليه لوجوب الحفظ ، ولا يتم إلا به .
وهي استحقاق الرجوع إشكالاً ، يشأ من أنه اتفاق على مال العير بعير إذنه فيكون تبرعاً ، ومن أن إيجاهه شرعاً يقتضي حصول الادن من الشارع ، فإذا أنفق بنية الرجوع استحق الرجوع ، وهو لأصح - ولا يشترط الاشهاد - وبه صرح المصنف في المختلف^(١) ، وهو قول الأكثر^(٢) ، والأول قول ابن إدريس^(٣) .

نعم لو نوى التملك ثم أنفق لم يستحق الرجوع ، قاله في التذكرة^(٤) ، وهو جيد إن صح تملكه ، وإلا فهي عدم استحقاق الرجوع إذا نواه علماً منه بعدم صحة التملك نظر .

قوله : (ويتقاصر مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه) .

(١) المختلف ٢ : ٤٥٢ .

(٢) منهم المعيد في الحفظة ٩٩ ، والطرسي في النهاية ٣٢٤ ، والمحقق في الشرائع ٣ ٢٩٠

(٣) السرائر ١٨١

(٤) التذكرة ٢ : ٢٦٩

والضالة أمانة مئة حول التعريف ، فإن قصد بعده التملك ملك
وضمن ، والأ فلا إلا مع التفريط .

ولو قصد التملك ثم نوى الحفظ ، أو قصد الحفظ ثم نوى التملك
ضمن بقصد التملك فيهما .

الفصل الثالث: في لقطة الأموال . وفيه مطلبان :

الأول : في الأركان : وهي ثلاثة :

الأول : الالتقاط : وهو عبارة عن أخذ مال ضائع للتملك بعد
التعريف حولاً أو للحفظ على المالك ، وهو مكروه وإن وثق من نفسه إن

قال الشيخ : إن الركوب يظهر كالحمل واللين والخدمة يكون براء
النفقة^(١) . وما احتاره المصنف من عتار قدر كل مهما والتقص هو الأصح ،
فان فضل لأحدهما شيء يرجع ~~لأحدهما~~

قوله : (الفصل الثالث . في لقطة الأموال ، وفيه مطلبان : الأول
في الأركان ، وهي ثلاثة - الأول الالتقاط ، وهو عبارة عن أخذ مال ضائع
للملك - بعد التعريف حولاً - أو للحفظ على المالك)

لا ريب أن ضياع المال عن ماله معتبر في اللقطة ، ومقتضى قوله :
للملك بعد التعريف . (أنه لو أحده لا لأحد الأمرين لا يكون لقطة ، وليس
مفيد ، لأنه لو أخذه للتملك مطلقاً بضمنه ويأثم ، ثم إذا عرّفه ملكه على
الأقرب عبد المصنف ، على ما سيأتي ان شاء تعالى ، ولو أخذه ذاهلاً فهو
ملتقط^(٢) .

قوله : (وهو مكروه وإن وثق من نفسه) .

(١) النهاية : ٣٦٤

(٢) ورد بعد لفظ ملتقط في وق في الهامش مع علامة (صح) ، وفي (م) في الهامش أيضاً مع (منه مد
ظله) ولا يرد على عكسه أيضاً ما دون الترهيم وما أحد لا يقصد شيء .

كان في غير الحرم ، وفيه يحرم على رأي ولا يحل تملكه وإن عرف طويلاً .

ويستحب الاشهاد ، فيعرف الشهود بعض الأوصاف لتحصل فائدة الإشهاد .

ولو علم الخيانة حرم الالتقاط ،

لإطلاق الأحبار^(١) باللهي عن أحد بقطعة ، إلا مع تحقق التلف ، والظاهر أن المراد بالتحقق الظن بمالب المستعاد من القرائن

قوله : (وفيه يحرم على رأي ولا يحل تملكه وإن عرف طويلاً) .

هذا هو المشهور والأصح ، للأحبار الصريحة^(٢) في ذلك ، ويحكي عن ظاهر عبارة ابن طبراج جوار أحد من نقص عن الدرهم في الحرم^(٣) ، وهو ضعيف . ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير ، نص عليه في التذكرة^(٤) ، وهو المختار .

قوله : (فيعرف الشهود بعض الأوصاف)

لجميعها ، حذراً من شيع جبره ، فيطعن على صحتها من لا يستحقها ، فيدعيها ويذكر الوصف ، أو يوظي الشهود الذين عرفوا صحتها فيأخذها^(٥) بشهادتهم .

قوله : (ولو علم الخيانة حرم الالتقاط)

(١) العقيدة ٣ ١٨٦ حديث ٨٣٩ ، التهذيب ٦ : ٣٩٠ حديث ١١٦٦

(٢) التهذيب ٦ : ٣٩٠ ، ٣٩٥ ، حديث ١١٦٧ ، ١١٩٠

(٣) ذهب إليه في كتابه الكامل ، كما نقله عنه في المحقق ٤٤٨ ، راجع أيضاً بهضاح العوائد ٢

١٥٠

(٤) التذكرة ٢ - ٢٥٤

(٥) في ٢٥٤ وفيه وحدها ، وما أثبتناه . من محتاج الكرامة ٦ - ١٤٦ ، وهو الصحيح

ولو خاف ففي الجواز نظر .

ويحصل الالتقاط بالأحد لا بالرؤية وإن اختصت بغير الملتقط إذا أعلمه بها .

ولو قال ناوليها . فإن نوى الأخذ لنفسه فهي له ، وإلا فلا امر على أشكال .

لأن الأحد الذي يكون وسيلة إلى الحرام حرام .

قوله : (ولو خاف ، ففي الجواز نظر)

أي : لو لم يكن قطعاً بالحياة للنقطة ، لكن خاف على نفسه حصولها بعد ذلك ، ففي تحريم الالتقاط نظر ^{بشيء} من أن الأصل جواز الالتقاط والمانع الذي هو الحياة غير معلوم ، ومن أن الخوف من الوقوع في المحرم الموجب للعار يجب دفعه باجتنابه ما يقتضيه ، ولأن الأمانة لا تليق ممن لا يثق من نفسه ، والتعريم أولى .

قوله : (لا بالرؤية وإن حثت بغير الملتقط إذا أعلمه بها) .

أي . لا يحصل الالتقاط بالرؤية وإن حثت بغير الملتقط بأن كان هو الرائي فأعلم الآخر بها فلتقطها ، فإن الحكم منوط بالالتقاط وإن تسبب عن رؤية الآخر وإعلامه .

ولا يحفى ما في العبارة من التعقيد ، فإن الاختصاص بالرؤية مع تجدد رؤية الآخر غير مستقيم ، وكلمة (إذا) غير واقعة الموقع ، وضمير (بها) ليس له مرجع معين في العبارة ، ولو قال : وإن سبق غير الملتقط برؤية العين فأعلمه فأخذها ، لكان أولى .

قوله : (ولو قال ناوليها ، فإن نوى الأخذ لنفسه فهي له ، وإلا فلا امر [على] ^(١) [أشكال])

(١) ما بين المعقوفين لم يرد في م و د ، وانتباه من خطية الفراءد .

إن نوى الأخذ لنفسه فهو الملتقط حفيظة ، وإن نوى أحدها للأمر ، فهل يقع الأخذ له ؟ فيه إشكال ، يشأ - من أن المقتضي لتملك المباحات هو الحيازة ، والحائر هو الأخذ ، فيكون لاستحقاق له ، ولا يخرج بأخذها للأمر عن كونه مستحقاً ، كما لا يخرج لتملك عن كونه مالكا بقصد كون الملك للغير ، ولتعليق أحكام الالتقاط في النصوص ^(١) على الأخذ ، فيكون التملك مختصاً بالأخذ

ومن أن الملك لم يحصل بعد ^(٢) قد نوى الأخذ عن غيره كانت اليد لذلك الغير ، فيكون هو الأخذ ، فيكون التملك لم
وتحرير البحث يتم بتحقيق أن الالتقاط وحيازة المباحات هل نقل اليان
أم لا ؟ وبسبب ذلك على أن تملك المباحات هل يشترط فيه مع الحيازة الية
- وهي القصد إلى التملك - أم يثبت بمجرد حيازتها ؟ يحتمل الأول ، لأنه لولاه
تملك الصائد الدرة في جوف السمكة مع الجهل بها ، وهو باطل

وفيه نظر ، لأن للمانع أن يمنع صدق الحيازة هنا ، لأن المحور هو السمكة وما في بطنها لا يعد محورا شرعاً ولا عرفاً ولا لغة ^(٣) ، كما لو أخذ النائم الشيء ، فعلى هذا يقال لا بد من قصد الحيازة ، أما قصد التملك فلا يشترط .

ويسبغى أن يقال لا بد من أن لا يقصد بالأخذ عدم التملك ، فلو حوّل حجراً أو شجراً - مثلاً - مباحاً في طريق من جانب إلى آخر ، قاصداً بذلك تخليّة الطريق ونحو ذلك ، فدحواله في ملكه بمجرد هذا مستبعد جداً ومثله ما

(١) الفقيه ٣ : ١٨٦ باب اللفظة والفضالة ، التهذيب ٦ : ٣٨٩ باب اللفظة والفضالة

(٢) قال السيد محمدي وما في مقالين من جامع المقاصد من مع صدق الحيازة هنا لأن المحور

هو السمكة وما في بطنها لا يعد محورا شرعاً ولا عرفاً ولا لغة ففي محل النسخة فتأمل محتاج

الكرامة ٦ : ١٤٧ - وراجع أيضاً : الصحاح (حور) ٣ : ٨٧٥

الثاني: الملتقط . وهو كل من له اهلية الكسب وإن خرج عن التكليف ، أو كان عبداً ، أو كافراً ، أو فاسقاً ، نعم يشترط في لقطة الحرم العدالة .

لو نَحَى المال الصائم من جانب إلى آخر ، فإنه ينبغي أن لا يكون ملتقطاً وإن ضمن مال الغير ، لإثبات اليد عليه على إشكال في هذا

وكيف كان فالقول بقول الالتقاط البينة قوي ، والحكم بالملك مع قصد صدمه في المباحات ، بحيث يكون قهرياً بعيداً ، ويؤيده ظاهر قوله عليه السلام . « لكل امرئ ما نوى »^(١)

قوله . (وهو كل من له اهلية التكسب ، وإن خرج عن التكليف أو كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً ؟ نعم يشترط في لقطة الحرم العدالة) .

لما لم يصح تملك لقطة الحرم سحاً ، لم يكن أخذها كسباً ، بل محروكاً ، والفاسق ليس أهلاً لحفظ مال الغير ، فإن أخذها لم تكن له أولوية على حفظها ، بل ينتزعها منه الحاكم ويحفظها بما يراه

وعلى القول بتحريم أخذها ، ففي الفرق بين العدل والفاسق نظر ، لأن العدل وإن كان أهلاً للأمانة ، إلا أن الأخذ محرم عليه ، وإذا كان حراماً ، فكيف يكون أمياً؟ وكيف يتصور جوار إقامة اليد عليها؟

والذي ينساق إليه النظر - على تقدير التحريم - جواز انتزاعها من العدل للحاكم وإن جاز له ائتمانه عليها ، فيزول التحريم حينئذ مع بقاء وصف العدالة ، ويكون هذا القدر هو الفرق بين العدل والفاسق ، أو جواز الأخذ للعدل على قصد الحفظ دائماً ، كما ذكره في التذكرة^(٢) .

وقد صرح في الدروس بأن أربعة لا يجوز لهم أخذ لقطة الحرم : العبد

(١) صحيح البخاري ١ ، ٢ ، مستد أحمد ١ ٢٥
(٢) التذكرة ٢ ٢٥٢ .

ثم للعدل أن يحفظ اللفظة ، نفسه أو يدفع الى الحاكم ، وغيره
يتخير الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب الى أن تمضي مدة
التعريف .

ثم إن اختار الفاسق أو الكافر لتمكك دفعه الحاكم اليه ، وإلا
فالتخيار للملتقط حيثنذ إن شاء أنشاء في يد الحاكم أمانة أو غيره ، وليس
للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل

والصبي والمجنون والفاسق ، لأنها أمانة محصة^(١) . ويسمى إضافة السفية
إليهم .

قوله : (وغيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه ، وبين نصب رقيب
إلى أن تمضي مدة التعريف) .

العرض من الرقيب أن يشرف عليها لئلا يتصرف فيها ، ويتولى تعريفها
لئلا يحل به ، لأنه لا أمانة له ، كما ذكره في التذكرة ، وقال أيضا إن صم
المشرف إليه على جهة الاستظهار ولا استحباب دون الإيجاب^(٢) .

وقال في التحرير : لم أقف لعلمائنا على نص في انتزاع اللفظتين من يد
الفاسق ، أو صم حافظ إليه مدة التعريف^(٣) . والمراد باللفظتين : لفظة
الحيوان ، ولفظة الأموال ، وما ذكره في التذكرة هو المختار ، عملاً بالأصل
وتمسكاً بظاهر حال المسلم .

وربما كان للفاسق أمانة ، والالتقاط في معنى الاكتساب لا استئمان
محض ، فلا يعرض الحاكم ، وهذا إذا لم يعلم حياته فيها ، فإن علمت وجب

(١) الدروس : ٣٠٤ ، علما بأن ما في الدروس لم يعد العبد من الأمانة وذكر بدله الكافر
وقال السيد العاملي في المفتاح ٦ : ١٤٨ وسها في جامع المقاصد - كما في نسخة منه - فيما
حكاه عن الدروس من عدم جواز العبد

(٢) التذكرة ٢ : ٢٥٢ .

(٣) التحرير ٢ : ١٢٧

أما الصبي والمجنون فلدولي نزعه من يدهما وتمليكهما إياه بعد مدة التعريف ، ويتولاه الولي أو أحدهما .

ولو أتلعه الصبي ضمن ، ولو تلف في يده فالأقرب ذلك ، لأنه ليس أهلاً للأمانة ، ولم يسلطه المالك عليه بحلاف الإيداع .

إما انتراعها منه ، أو ضم مشرف إليه من باب الحسنة ، وهو مقرب التذكرة^(١) .

قوله : (أما الصبي والمجنون ، فللدولي نزعه من يدهما) .

يجب على الولي انتراعها من يد الصبي والمجنون ، لأنهما ليسا من أهل الأمانة ، ولا من أهل حفظ ملكهم ، واللفظة هي معنى المملوك ، فكما يجب على المولى أحد مالهما من أيديهم ويحرم تمليكهما به خوف إتلافه ، فكذلك يجب انتراع اللفظة ومع التصير والتلف بضمن ، كما سيأتي قريباً إن شاء الله تعالى

قوله : (ويتولاه الولي أو أحدهما)

أما الولي فظاهر ، لقيامه مقدم كل مهما ، وأما أحدهما فلتمكنهما من تملك المباحات ، وهذا في معنى

قوله : (ولو أتلعه ضمن)

أي : لو أتلعه الصبي أو مجنون المال الملتقط المحدث عنه في قوله (فللدولي نزعه) ضمن في ماله ، لأن الإتلاف يقتضي الصمان

قوله . (ولو تلف في يده فالأقرب ذلك ، لأنه ليس أهلاً للأمانة ، ولم يسلطه المالك عليه بحلاف الإيداع) .

محصل ما بين به الشارح وجه القرب يرجع إلى أن الصبي والمجنون لهما أهلية الاكتساب وليس لهما أهلية الأمانة ، فيكون التقاطهما اكتساباً محضاً لا

ولو قصر الولي فلم يتزعه حتى أتلفه الصبي أو تلف بالأقرب تضمين الولي .

استثمان فيه ، فإذا تلفت العين في يد أحدهما كانت مصمومة وربما يقال : لا بعد فيه ، كمن تنقط بية التملك من أول الأمر فيدهما من أول الأمر يد ضمان ، وفيه نظر من وجهين الأول إنه وإن لم يكن اهبة الأمانة لا يلزم الضمان بالتلف إلا من جهتهما

فمن قيل اثبات يديهما على المالك غير مأدون فيه من المالك فيكون يد عدوان؟

قلنا لا شيء من ابدي الملتقطين مأدون فيه من المالك ، وإنما الادن من الشارع لكل ملقط ، والصبي والمجنون دحلايه .
فإن قيل : فيكونان مستأمنين شرعاً .

قلنا لا يلزم من الادن ذلك ، ولهم يجب على الولي استراخ العين من أيديهما ، فالمستأمن في الحقيقة هو الولي

أما أصل إثبات اليد فلا بد من بادر بشارع ، ولما امتنع تكليهما امتنع إيجاب التسليم عليهما للولي ، فانحصر الوجوب في طرف الولي إذا علم بالالتقاط ، فلا فرق حينئذ بين لقطتهما وايداعهما ، فلا يستقيم قول المصنف بخلاف الايداع ، أي : ايداعهما الذي اقتضى تسليط المالك ، وقد اعترف المصنف في التذكرة بعدم الفرق بينهما

الثاني : إن يديهما لو كانت يد ضمان لوجب أن تكون يد الولي كذلك ؛ لأنه قائم مقامهما في اثبات اليد ، وبه مسبة على يديهما ، ولا يلزم من أمر الشارع إياه بالأخذ زوال الضمان الذي كان ، ولأصح عدم الضمان .

قوله : (ولو قصر الولي فلم يتزعه حتى أتلفه الصبي أو تلف

وللعبد أخذ اللقطتين ، فإن عرّف حولاً ثم اتلفها تعلق الضمان
برقبته يتبع به بعد العتق ، وكذا لو لم يعرف .

ولو علم المولى ولم يتزعمها ففي تضمينه اشكال ينشأ : من تفريطه
بالإهمال اذا لم يكن أميناً ، ومن عدم الوجوب بالأصل .

فالأقرب تضمين الولي .

وجه القرب : إن حفظ أموال الصبي واجب على الولي ، فاذا تركها في
يده فقد عرضها للتلف فيكون معرطاً ، وكذا تلف من الأمانة في حال تفريط
الأمين في حفظها فهو مصممون عليه لا محالة ويحتمل صعباً العدم ؛ لأنه لم
يدخل في يده ، وهو ليس بشيء .

قوله : (وللعبد أخذ اللقطتين) .

أي لقطعة الحيوان ، ولقطعة الأموال .

قوله : (فإن عرّف حولاً ثم اتلفها تعلق الضمان برقبته يتبع به بعد
العتق ، وكذا لو لم يعرف) .

إطلاق تعلق الضمان برقبة العبد فيما يتبع به بعد العتق لا يحلو من
تسامح ، فإن ذلك يتعلق بذمته .

قوله : (ولو علم المولى فلم يتزعمها ففي تضمينه اشكال ينشأ : من
تفريطه بالإهمال اذا لم يكن أميناً ، ومن عدم الوجوب بالأصل) .

الضمان مشكل ؛ لأن الفرص أن السيد لم يأذن له في الالتقاط لتكون يده
يد السيد ، وفي الدروس . لو كان غير مميز اتجه ضمان السيد^(١) . وهذا أيضاً
فيه نظر ، فإنه لا يجب على السيد انتزاع مال الغير من يد عبده ، اللهم إلا أن
يقال : هو بمنزلة الدابة التي يجب معها من إتلاف مال الغير وما عداه .

ولو أذن له المولى في التملك بعد التعريف ، أو انتزعها بعده للتملك ضمن السيد .

ولو انتزعها السيد قبل مدة التعريف لزمه إكماله ، فإن تملك أو تصدق ضمن وإن حفظها للمالك فلا ضمان .

ولو اعتقه المولى قال الشيخ : للسيد أخذها لأنه من كسبه ، والوجه ذلك بعد الحول .

فالأصح أنه إن لم يأذن له المولى في الالتقاط ، ولا في التملك لا ضمان على المولى بالتلف في يد العبد ، وإن أذن في الالتقاط ولم يكن العبد أميناً ضمن السيد بالتلف إذا قصر في الانتفاع ، ومع عدم التقصير نظراً لأن يد العبد يد السيد ، وغير الأمين لا يحوز تسليطه على مال العبد بدون إذن المالك ، وهي حكم الأذن وصاه بعد الالتقاط .

قوله . (ولو أذن له المولى في التملك بعد التعريف .)

لو لم يأذن له في الالتقاط ، وأذن له في التملك ولم يحرم التملك فهي التذكرة : الأقوى تعلق الضمان بالسيد ؛ لأنه أدن في سبب الضمان ، فاشبه ما لو أذن له في أن يسوم شيئاً فأخذه وتلف في يده^(١)

قوله : (ولو اعتقه المولى قال الشيخ : للسيد أخذها ؛ لأنها من كسبه^(٢) ، والوجه ذلك بعد الحول) .

أي بعد حول التعريف ، أي ونحوه أنها للسيد بعد حول التعريف ، أي : إن كن العتق بعد حول التعريف لا قبله ، وهو المفهوم من كلام المصنف وإن لم يصرح ، به وإلا لم يكن بين كلامه وكلام الشيخ فرق ؛ لأنها قبل الحول أمانة وولاية ، وليس للسيد بعد العتق أحد لأمانة^(٣) التي في يد العبد بعد

(١) التذكرة ٢ . ٢٥٤ .

(٢) في ٤٣ : الأمانات

(٣) المبسوط ٣٢٦

الثالث : اللفظة : وهي كل مال صائع احد ولا يد لأحد عليه ، فإن كان في الحرم وجب تعريفه حولاً ، فإن لم يوجد المالك تخير بين الصدقة به وفي الضمان قولان ،

عنه .

أما بعد الحول فإنها كس محض ، لأنها إما مملوكة أو في حكم المملوكة ، لإمكان تملكها في كل آن إن وقفنا تملكها بعد التعريف على قصد التملك . وبغني أن يكون هذا كنه إذا لم يكن الالتقاط بإذن السيد ، أما إذا كان بإذنه فإن الالتقاط له واليد يده . ثم في كلام المصنف نظره لأن اللفظة بعد الحول ليست أمانة محضة وإنما هي كسب

نعم يحب التعريف ليصح التملك والعقد لا يقدر على شيء ، ويده يد السيد إذا أدن أو رضي ، وحيث ثبت استحقاق اللفظة للسيد من حين الالتقاط وجب استصحاب هذا الحكم ، فلا يزول بالعقد كما لا يرول غيره من الحقوق ، والأظهر قول الشيخ وعيه الفتوى

قوله : (الثالث : اللفظة ، وهي كل مال صائع أحد ، ولا يد لأحد عليه . فإن كان في الحرم وجب تعريفه حولاً ، فإن لم يوجد المالك تخير بين الصدقة به . وفي الضمان قولان) .

أحدهما : العدم ، وهو قول المفيد^(١) وجماعة^(٢) ، لأنه مأمور بالصدقة فلا ضمان عليه بعملها

والثاني : الضمان ، وهو أحد قولي الشيخ^(٣) وجماعة^(٤) ، وهو الأصح ؛ لأن يده يد ضمان ، لأنه عاد بالأحد ، ولرواية علي بن أبي حمزة ، عن الكاظم

(١) المقنعة : ٩٩

(٢) منهم ابن حمزة في الوصيلة ٣٢٤ ، وشيخ في النهاية ٣٢٠ ، وسائر في المراسم ٢٠٦

(٣) المبسوط ٣ ، ٣٢١ ، الخلاف ٢ : ١٣٩ مسألة ١٢ كتب النسخة

(٤) منهم ابن الجيد كما في المختلف ٤٤٨ ، وابن إدريس في السرائر ١٧٨

وبين الاحتفاظ ولا ضمان .

وإن كان في غير الحرم : فإن كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف

عليه السلام . « فينصق به على أهل بيت من المسلمين ، فإن جاء طالبه فهو له ضامن » (١) .

ولا يضر ضعف السند ، لإنجازه بعمل لأصحاب ويبقى الدلائل ، ولا منافاة بين الأمر بالصدقة والضمان وهذا إذا أخذ المال على قصد الالتقاط ، فإن أخذه على قصد الحفظ للمالك فالذي يحصرني أن المصنف في التذكرة قال : إن جوار أحدها على هذا القصد جائز وادعى عليه الاجماع (٢) ، فعلى هذا هل يصح بالصدقة أم لا ؟ ينبغي المصنف

قوله : (وبين الاحتفاظ ولا ضمان)

لأنه محسوس وما على المحسنين من سبيل (٣) ، وهذا إذا كان أحدها لها على قصد الحفظ واضح ، فأما إن أحدها على قصد الالتقاط فكيف تكون يده يد امانة ، مع أنه عادى باخذها ؟

ويمكن أن يقال : إن الالتقاط لا يقتضي التملك حرماً ، ولهذا لا يملك لقطة غير الحرم بعد التعريف إلا بالبيينة أو النبط على الحلاف ، ولا يدخل في ضمانته من أول الأمر ؛ لأن مجرد أخذ اللقطة لا ينافي الحفظ دائماً ، فحينئذ تكون لقطة الحرم غير منافية للحفظ والامانة وإن حرم من حيث أن الالتقاط اكتساب .

ويشكل على هذا كون الأحذ محرماً فكيف يكون أمانة ؟

قوله : (ملكه من غير تعريف) .

(١) التهذيب ٦ : ٣٩٥ حديث ١١٩٠ .

(٢) الفكرة ٢ : ٢٥٦ .

(٣) التوبة : ٩١ .

ولو وجد المالك فالأقرب الضامن ، وإن كان أزيد من ذلك وجب تعريفها حولاً ، ثم إن شاء تملك أو تصدق وصمن فيهما ، وإن شاء احتفظها للمالك ولا ضمان .

في عبارة ابن أدریس : إنه يباح له^(١) .

فرع لو كانت الشاة وغيرها من الصوال التي يجوز التقاطها وتملكها قيمتها دون الدرهم ، هل يجوز تملكها من غير تعريف ، كما في دون الدرهم من العروض والأثمان ، أو ما يجب تعريفه من الصوال لا يفرق فيه بين القليل والكثير عملاً بالإطلاق ، ولا نفراد كل من الأموال والصوال عن الآخر في الأحكام ، فلا يجري حكم الغلب من الأموال على الصوال؟ الظاهر الثاني .

قوله : (ولو وجد المالك فالأقرب الضمان)

وجه القرب . إنه تصرف في ملك المالك بغير اذنه فيصمه ، ولعموم قوله عليه السلام : وقد أضاء طاله رده إليه^(٢) . وقال الشيخ^(٣) ، وأبو الصلاح : لا يضمن لثبوت الملك شرعاً فلا عوض^(٤) ، والضمان قوي^(٥)

إذا تقرر ذلك فما الذي يجب رده على المالك أهو العين مع بقائها ، أم القيمة؟ كل منهما محتمل ، وعبرة الكتاب ظاهرة في رد القيمة مطلقاً .

والمفهوم من عبارة التذكرة وجوب رد القيمة إذا نوى التملك وإن بقيت العين ، وإن لم ينو رد العين^(٦) وهذا يؤيد بأن التقاط القليل ليس بمزلة حيازة سائر المباحات تملك بمجرد الحيازة ، بل لا بد من نية التملك كالكثير

(١) السرائر : ١٧٨ .

(٢) الكافي : ٥ : ١٣٩ حديث ١٠ ، التهذيب : ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٥

(٣) النهاية : ٣٢٠ .

(٤) الكافي في الفقه : ٣٥١

(٥) في دفعه : أقوى .

(٦) التذكرة : ٢ : ٢٦٢

ويكره التقاط ما تقل قيمته وتكثر منفعته كالعصا ، والشظاظ ، والوتد ،
والحبل ، والعقال ، وشبهها .

وأخذ اللفظة مطلقاً مكروه ، ويتأكد لمعاسق ، وأكد منه المعسر .

ويستحب الإشهاد .

بعد التعريف ، وفيه تردد .

والفرق ظاهر^(١) فإن أخذ الكثير لم لم يصلح لكونه سبب الملك ؛
لاشتراط التعريف ، وجب لحدوث الملك وجود سبب ؛ لامتناع انتقال الملك
من مالك الى آخر بغير سبب ناقل ، بخلاف القليل فإنه لا مانع من كون حيازته
مسبباً للملك .

ثم انه لا مسافة بين وجوب رد العين وحصول المالك ؛ لامكان كون الملك
متزلاً ، أو حدوث التزول له بوجود الملك ؛ كالمبيع قبل القبض اذا اجتمعت
اسباب لرومه ثم حدث فيه عيب .

والذي يقتضيه الدليل وجوب رد العين مع نقائها ؛ لعموم الحديث ،
واختاره في الدروس

ومع التلف عصمان القيمة متجه ؛ لأن تملكه وجواز تصرفه لا يقتضي
انقطاع حق المالك من العين بالكلية .

قوله : (ويكره التقاط ما تقل قيمته وتكثر منفعته كالعصا ، والشظاظ ،
والوتد ، والحبل ، والعقال) .

الشظاظ بالكسر خشبة محدودة الطرف تدخل في عروق الجواليق
لتجتمع بينهما عند حملها على البعير ، والجمع اشطة . والعقال بالكسر حبل
تشد به قائمة البعير ، والوتد بكسر وسطه .

قوله : (ويستحب الاشهاد) .

المطلب الثاني: في الأحكام . وهي أربعة :

الأول: التعريف . وهو واجب وإن لم ينو التملك سنة من حين الالتقاط ، وزمائه النهار دون الليل .

ولا يجب التوالي ، بل يعرف كل يوم في الابتداء ، ثم كل اسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى . وإيقاعه عند اجتماع

قد سبق ذكر هذا أول الفصل

قوله . (المطلب الثاني في الأحكام . وهي أربعة .

الأول التعريف واجب وإن لم ينو التملك) .

لأن إيصال المال إلى مالكه لا يكون بدون التعريف ، واسقط الوجوب في المبسوط إذا نوى الحفظ .

قوله : (ولا يجب التوالي ، بل يعرف كل يوم في الابتداء . ثم كل اسبوع ، ثم كل شهر) .

مقتضى قوله : (ثم كل اسبوع) أن يعرف كل يوم إلى سبعة أيام ؛ لأن الظاهر أن المراد أسابيع الشهر ، فلاكتفاء بتعريف واحد في الأسبوع إنما يكون في الأسبوع الثاني . وكذا قوله : (ثم كل شهر) يقتضي أن يكون الشهر الأول مستوعباً بالأيام ثم بالأسابيع ، فيكون الاكتفاء بتعريف في مجموع الشهر إنما يكون في الشهر الثاني .

قوله : (بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى) .

لا محصل للتقيد بهذه الحثية ؛ لأن التعريف الذي ذكره إن كان بحيث لا ينسى كون الثاني منه تكراراً لما مضى فلا معنى للتقيد ، وإن لم يكن كان غير

الناس وظهرهم كالغدوات والعشيات وأيام المواسم ، والمجتمعات كالأعياد وأيام الجمع ودخول القوافل ومكانه : الأسواق ، وأسواق المساجد ، والجوامع ، ومحامع الناس ويتولاه بنفسه ونائبه وأجيريه ،

معتبر ، أو كان القيد غير صحيح . ولو قال . عرفه سنة على وجه لا ينسى أن الثاني تكرار ، لما مضى ، ونحوه لكان له وجه .

ويمكن أن يكون اشارة بالحشة الى معنى آخر ، وهو أن المذكور بخصوصه غير واجب ، فكأنه قال . إن الواجب التعريف بهذا وما جرى مجراه ، والضابط كونه بحيث لا ينسى الى آخره

وفي التذكرة قال إنه يعرف في الابتداء في كل يوم مرتين في طرفي النهار ، ثم في كل يوم مرة ، ثم في كل اسبوع مرة أو مرتين ، ثم في كل شهر بحيث لا ينسى كونه تكراراً لما مضى ثم قال وبالجملة فلم يقدر الشرع في ذلك سوى المدة التي قلنا انه لا يجب شغلها به مرفاً المرحع حيث في ذلك الى العادة^(١) .

وقال في الدروس . ينبغي أن يعرف كل يوم مرة أو مرتين من الاسبوع الاول ، ثم في الاسبوع مرة ، ثم في الشهر مرة ، والضابط أن يتابع بينهما بحيث لا ينسى اتصال الثاني بمتلوه^(٢) ، وهذا مشير الى ما قلناه .

وقال في التذكرة : ينبغي المبادرة الى تعريف من حين الالتقاط ، لأن العثور على المالك في ابتداء الضياع اقرب^(٣) ، والظاهر أن ذلك على طريق الوجوب كما صرح به بعد ذلك .

قوله : (ويتولاه بنفسه ونائبه وأجيريه)

لا يجب أن يتولى التعريف بنفسه ، لأن العرص الاشهاد والاعلان ،

(١) التذكرة ٢ : ٢٥٨ .

(٢) الدروس ٣٠٢ .

(٣) التذكرة ٢ : ٢٥٨ .

والأجرة عليه وإن نوى الحفظ .

والأقرب الاكتفاء بقول العدل ،

فيجوز أن يوليه غلامه ومملوكه وأجيريه وبائنه . والمراد به الذي لا أجرة له ، سواء كان عدلاً أم لا ، لكن لا يركن إلى محرد قول غير العدل ، بل لا بد من إطلاعه أو إطلاع من يعتمد على خبره .

قوله : (والأجرة عليه وإن نوى الحفظ) .

أي أجرة التعريف على الملتقط ، سواء التقط للتملك بعد التعريف أو للحفظ ابتداءً ، لأنه حق واجب عليه فتكون أجرته عليه .

وقال في التذكرة : (المقصد الحفظ حين الالتقاط ابتداءً فالأقرب أنه لا يجب على الملتقط أجرة التعريف ، بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليبدل أجرته من بيت المال ، أو يستقرض على المالك ، أو يأمر الملتقط بالاقتراض ليرجع ، أو يسع بعضها إن رآه أصح أو لم يمكن إلا به^(١) .

وما ذكره وجيه ؛ لأن ذلك لمحض مصلحة الملك ؛ ولأنه محسن وهو ما على المحسنين من سبيل^(٢) فهو كالإعاق فان قيل ليس التعريف لمحض مصلحة المالك ؛ لأنه بعد حصوله يسوغ له التملك وإن لم يقصده فيكون لمصلحته أيضاً

قلنا : المقصود بالدات في ذلك مهذبة المالك ، ومصلحة الملتقط بالتبعية غير مقصودة ، فعلى هذا لو لم يحد الحاكم يمكن أن يقال : يدفع لأجرة ويرجع إذا نوى الرجوع .

قوله : (والأقرب الاكتفاء بقول العدل) .

وجه القرب : إن العدل موثوق بخبره ، ولأن مثل ذلك مما يعسر إقامة

(١) التذكرة ٢ : ٢٥٨

(٢) التوبة : ٩١

ففي وجوب الأجرة حيثند نظر . ويذكر في التعريف الحسن كالذهب أو الفضة ،

الينة عليه ، ولأنه بالاستئانة يصير ذا ولاية على ذلك فيقبل قوله . ويحتمل العدم ؛ لأن خبر العدل لا يثمر اليقين ، ولم تثبت حجته شرعاً ، وفي الاكتفاء قوة وخصوصاً مع شهادة القرائن بصدقه .

قوله : (ففي وجوب الأجرة حيثند نظر)

أي : يتفرع على الاكتفاء في حروح الملتقط من عهدة وجوب التعريف بقول العدل الواحد وجوب الأجرة عليه ، ففي وجوبه نظر

ولو قرئ . (وفي وجوب الأجرة) بنحو كذا في بعض السح لكان حساً لأن معنى (حيثند) نزع النظر في وجوب الأجرة على القول بالاكتفاء بخبر العدل ، إذ لو نعيما قوله لم يكن في عدم وجوب الأجرة بحث

ومشأ النظر : من أن الاكتفاء بقوله يقتضي وقوع العمل الذي هو متعلق الأجرة ، فتجب الأجرة لترتيبها على وقوعه . ومن حيث أن خبره لا يهتص حجة على شغل دمة العير بمال وإن قبل في سقوط لتكليف بالنسبة إلى الملتقط الذي لولاه للزم الحرج ، والأصح عدم وجوب الأجرة بذلك .

إذا تقرر هذا ، فهل يكون الاكتفاء بقول العدل الواحد على كل تقدير ، سواء كان بأجرة أم لا ، بل يقتصر في قبوله على ما إذا كان مترعاً؟ يحتمل الثاني ؛ لأنه منهم في خبره إذ يلزم منه اثبات حق له على الغير ، ولأنه إذا رد بالنسبة إلى الأجرة كان مردوداً في نظر الشارع ، فلا يسمع حيثند في سقوط التكليف بالتعريف ، فيقتصر في الاكتفاء على قول العدل المتبرع ، ويحتمل عدم الفرق . وعدم قبول خبره في بعض الأشياء لا يقتضي رده ، ولا عدم قبوله مطلقاً .

قوله : (ويذكر في التعريف الجنس كالذهب والفضة) .

وإن أوغل في الإيهام كان أحوط بأن يقول : من صاع له مال أو شيء
وينبغي أن يعرفها في موضع الالتقاط ، ولا يجوز أن يسافر بها
فيعرفها في بلد آخر .
ولو التقط في بلد الغربية جاز أن يسافر بها الى بلده بعد التعريف في
بلد اللقطة ، ثم يكمل الحول في بلده

أي : ينبغي أن لا يذكر في التعريف الأوصاف ، بل ينبغي له أن يقتصر
على الجنس بدليل قوله : (وإن أوغل في الإيهام كان أحوط) أوغل في
الشيء . إذا أمعن فيه ، وإنما كان الأبعد في الإيهام أحوط ؛ لأنه أبعد أن
يدخل عليها بالتحمين ، وأحفظ لها من إدهاء الكذب .
قوله : (وينبغي أن يعرفها في موضع الالتقاط) .

الحكم على الوجوب لرواية مسحاق بن عمار ، عن الكاظم عليه
السلام : عن رجل يزل في بعض بيوت مكة فوجد نحواً من سبعين درهماً
مدفونة ، فلم يزل معه ، ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال
« يسأل عنها أهل المنزل لعلمهم يعرفونها ، قلت : فإن لم يعرفوها؟ قال :
« يتصدق بها » .

قوله : (ولا يجوز أن يسافر بها فيعرفها في بلد آخر) .

أي : لا يجوز أن يسافر بها من بلده الذي موضع الالتقاط ، لتعلق وجوب
التعريف به في ذلك البلد ، وللحديث السابق ، ولأن الذي يرجي به وصولها
الى مالكتها غالباً هو التعريف في موضع الالتقاط ؛ لأن الغالب طلب المالك لها
في موضع الضياع ، ولو أراد السفر فوض التعريف الى غيره ولا يسافر بها ،
ذكره في التذكرة .

قوله : (ولو التقط في بلد الغربية جاز أن يسافر بها الى بلده بعد
التعريف في بلد اللقطة ، ثم يكمل الحول في بلده) .

ولو التقط في الصحراء عرّف في أي بلد شاء ، وما لا بقاء له كالطعام يقوّمه على نفسه ويستفع به مع الصمان ، وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان ، أو يدفع إلى الحاكم .

ثم يذكر مقدار التعريف في بلد الالتقط ، ولا وقت على تعيين مقدار منه . ويمكن أن يقال . يجب المقدار الذي يعيد الأشهاد والاعلان في بلد الالتقاط ، ثم يكمل الباقي في بلده ، ومن معلوم أن المرة والمرتين في حكم مالا أثر له .

قوله : (ولو التقط في الصحراء عرّف في أي بلد شاء) .

إذ لا أولوية للبلد على آخر ، ولا يجب أن يعزّز قصده ويعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع ، أو يرجع إلى مكّبه الذي أشأ السرّ منه . نعم إن احتارت به قعدة عرّفها فيهم ، صرح بذلك كذا المصنّف في التذكرة ، وقال بعض الشافعية بعرّفها في أقرب البلدان إليه .

قوله : (وما لا بقاء له كالطعام يقوّمه على نفسه ويستفع به مع الصمان ، وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان ، أو يدفع إلى الحاكم) .

لا ريب أنه إذا دفعه إلى الحاكم بريد ، لكن إذا أراد تقويمه على نفسه ، أو البيع وحفظ الثمن فهل يجب استدعاء الحاكم ؟ إطلاق العبارة هنا يؤذن بعدم اشتراط الرجوع إلى الحاكم

وفي التذكرة منع من البيع بنفسه ؛ لأنه لا ولاية له في ذلك ، وأصلق جواز الأكل وحفظ الثمن^(١) والفرق مشكل ، فأمّا أن بشرط الرجوع إلى الحاكم فيهما ، أو لا فيهما .

ولا ريب أنه لا يجوز له ابقاء ذلك ؛ لأنه يتلف فيصير لتقصيره ، ومراجعة

ولو افتقر بقاؤها الى العلاج كالرطب الممتقر الى التحفيف باع
الحاكم الجميع أو البعض لإصلاح الباقي .
ولو أحر الحول الأول عرّف في الثاني ، وله التملك بعده على
أشكال .

الحاكم فيهما أوجه ، فإن لم يحده مستقل بكل من الأمرين حذراً من تلف العين ،
وقد صرح بهذا في التذكرة في المسألة التي تلي هذه ^(١) .

قوله : (ولو افتقر بقاؤها الى العلاج ، كالرطب الممتقر الى التحفيف
باع الحاكم الجميع ، أو البعض لإصلاح الباقي)

وجواً حذراً من تلف العين ، ويُلجئ على الملتقط رفع الأمر اليه ليعتمد
الواجب ، ومع عدم الحاكم فليس بتعبد تولي ذلك نفسه ؛ لأن الإحلال بذلك
معص الى التلف ، وهو مستلح ^(٢) .

قوله . (ولو أحر الحول لأول عرّف في الثاني ، وله التملك بعده
على أشكال) .

ينشأ : من أن تملك مال لغير على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على
موضع اليقين ^(٣) ومن عموم النص : بأن تعريف اللقطة حولاً مبيع لجوار
تملكها ^(٤) .

وربما احتج بقول أحدهما عنهما السلام في صحيحة محمد بن مسلم
« فإن ابتليت بها فعرّفها سنة ، فإن جاء طالبها وإلا فاجعلها في عرص
مالك » ^(٥) ووجه الاستدلال . إن الفاء تدل على التعقيب ، فيكون جعلها في

(١) المصدر السابق

(٢) في (م) التعيين

(٣) الكافي ٥ : ١٣٧ حديث ٢ ، التهذيب ٦ : ٤٨٩ حديث ١١٦١ ، الاستبصار ٣ : ٦٧ حديث ٢٢٥

(٤) التهذيب ٦ : ٤٩٠ حديث ١١٦٥ ، الاستبصار ٣ : ٦٨ حديث ٢٢٥

الثاني : الضمان : وهي أمانة في يد الملتقط أبداً ما لم ينو التملك أو يفرط ، ولو نوى التعريف والتملك بعد لحول فهي أمانة في الحول مضمومة بعده .

ولو قصد الخيانة بعد قصد الأمانة ضمن بالقصد وإن لم يختر ، بخلاف المودع لتسليط المالك هناك .

ولو نوى التملك ثم عرّف سنة فالأقرب حواز التملك ،

جملة مال الملتقط موقوفاً على التعريف العوري .

ويصغف بأن اللفظ يدل على أن التعريف معشور في التملك ، ولا دلالة له على اشتراط المورد فيه وإن كان المورد مستبعداً من العلم ، ولا يلزم من وجوبه اشتراطه ، والمبادر من اللفظ : عداد عرفتها سنة ولا يحيي مطالبها فاجعلها في عرص مالك ، ونعدير شيء رائد لا دليل عليه ، والأصح أن له التملك بعد التعريف .

قوله . (وهي أمانة في يد الملتقط أبداً ما لم ينو التملك أو يفرط ، ولو نوى التعريف والتملك بعد الحول فهي أمانة في الحول مضمومة بعده) لأنه يملكها بعد الحول .

قوله : (بخلاف المودع ، لتسليط لحاكم هناك) .

قد سبق في المودعة بيان الفرق

قوله : (ولو نوى التملك ، ثم عرّف سنة فالأقرب حواز التملك) .

أي . لو أحدها بقصد التملك ، وعرفها لتعريف المعتبر متصلاً بالأحد فيكون قوله (ثم عرّف سنة) لا يرد منه تراخي على الأحد ، فلا تكون (ثم) على بابها ، فالأقرب له أن يملكها .

ووجه القرب حصول المقتضى ، وهو الالتقاط والتعريف على الوجه

وسية التملك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك على رأي .

المأمور به على الفور ، ولا مانع ، لا ما ينحيل من بية التملك ، وهو لا يصلح للمامنية ؛ للأصل ، ولا دليل على مانعيته ، وهو الأصح .

ويحتمل العدم ؛ لأنه بالية المذكورة أحد مال الغير على وجه لا يجور ، فكان كالعاصب ويرده اطلاق لنصوص ، والضمان لا ينامي حواز التملك مع حصول الشرط .

قوله : (وسية التملك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك على رأي) .

هذا اختيار ابن سعيد . ، وقال الشيخ في المسوط إنه يلزم الملتقط الضمان عند مطالبة المالك لقوله عليه السلام : « فإن جاء صاحبها فليردها ، وإلا فهو مال الله يؤتبه من يشاء » .

ورّد بأن المطالبة تقتضي سبق الاستحقاق ، وبأن تملك مال الغير بغير اذنه يقتضي الضمان ، وفيه نظر ؛ لأن اقتضاء المطالبة سبق الاستحقاق صحيح ، لكن لا يلزم منه ثبوت لصمان قبل محيئ المالك ، بل عايتة أنه إذا جاء المالك فطالب استحق حيشد .

وتمع الكلية في أن كل تملك لمال الغير يقتضي الضمان ، ثم ان تملك مال الغير بغير اذنه إن جاز شرعاً ، ولم يشترط الشارع فيه قبول العوض وجب أن لا يثبت في الذمة به عوض ؛ لانقضاء المقتضي وعدم النص عليه ، والأصل براءة الذمة ؛ ولأنه بعد ثبوت عوض في ذمة الغير على جهة القهر مع بقاء العين

والذي يقتضيه النظر ويرشد اليه النص : إن العين متى كانت باقية وظهر المالك وطالب بها وجب ردها عليه ، ولا بعد في ذلك بأن يكون ملك الملتقط إياها متزلاً ، وإن جاء بعد تلفها وطالب وجب البذل من المثل ، أو القيمة يوم التلف ، أو يوم المطالبة على احتمال .

الثالث: التملك . وإنما يحصل بعد التعريف حولاً ، ونية التملك على رأي .

ورجح في التحرير قيمة يوم التلف ؛ لوجوب رد معين حيثئذ ، وقد تعذر فيجب الدل^(١) .

لا يقال . لو لم يجب العوض قبل ذلك سم تكن به المظلة به ؛ لأن العين قد تلفت على وجه غير مصموم لأنها بقول لا يلزم من وجوب العوض قبل ذلك كون التلف غير مصموم ؛ لإمكان أن يقال : المراد بضممان العين من حين تملكها كون المالك إذا جاء يرد عليه ومع تعذرهما ^(٢) الدل ، وهذا كاف في صدق معنى الضمان .

والحاصل أن الملتقط بملكها ملكاً مرعياً ، فيرول بمحىء صاحبها ، وهذا أعدل الأقوال ؛ لأن فيه جمعاً بين الأدلة ، والأصل عدم أمر رائد عليه ، وقد اختار المصنف هذا في التحرير^(٣) ، وهو قوي متين

فرع :

على القول بأن العوض ثبت في الدمة بالتملك كالقرص ، لو رد العين على المالك فهل يجب القبول؟ قل في التذكرة نعم ؛ لأنها لا تقصر عن المثل^(٤) وهو مستقيم إذا قلنا . إن القيمة يثبت في الدمة مثله

قوله : (وإنما يحصل بعد التعريف حولاً ونية التملك على رأي)

هذا أحد أقوال الأصحاب ، لأنه لا بد من سب يقتضي نقل المالك ، والأصل عدم اشتراط التلغظ بشيء ، ولا دليل يدل عليه فتكفي بية التملك ،

(١) تحرير الأحكام ٢ ١٢٧

(٢) تحرير الأحكام ٢ ١٢٧

(٣) التذكرة ٢ ٢٦١

ولو قدّم قصد التملك بعد الحول ملك بعده وإن لم يجدد قصداً ،

وهو مختار الشيخ في المبسوط^(١) ، والمصنف في المختلف^(٢) ، وهو الأصح .

والثاني اشتراط أن يقول اخترت تملكها ، ونحوه ، وهو قول الشيخ في الخلاف^(٣) ، وجماعة ؛ لأن الملك يثبت حينئذ إجماعاً ، ولا دليل على ما سواه .

ويضعف بأن حصول الملك لا شك فيه ، ونوقفه على سبب لا يستدعي سبباً معيناً ، والأصل عدم التعيين ، وذلك دليل على الاكتفاء بالية ، فلا يستقيم نفي الدليل على ثبوت الملك بها ، وليس الدليل محصوراً في الإجماع

والثالث دخوله في الملك قهراً من غير احتياح إلى أمر زائد على التعريف ؛ لظاهر قوله الصادق عليه السلام : « فإن جاء لها وطالب وإلا فهي كسيل ماله »^(٤) والهاء للتعقيب ، وهو قول الشيخ في النهاية^(٥) ، وابن اديس^(٦) .

ويضعف بأن كونها كسيل ماله لا يقتضي حصول الملك حقيقة كما لا يخفى ، فالمعتمد حينئذ الأول .

قوله : (ولو قدّم قصد التملك بعد الحول ملك بعده وإن لم يجدد قصداً) .

أي : لو قصد قبل الحول التملك بعده ملك في الوقت الذي تعلق القصد به ؛ لأن المعبر القصد وقد حصل ، ولا دليل على اشتراط مقارنته لحصول

(١) المبسوط ٣ : ٢٢٣

(٢) المختلف : ٤٥٢ .

(٣) الخلاف ٢ : ١٣٩ مسألة ١٠ كتاب النكاح

(٤) الفقيه ٣ : ١٨٨ حديث ٨٤٩ ، التهذيب ٦ : ٣٩٦ حديث ١١٩٤ .

(٥) النهاية ٣٢٠ .

(٦) الرائر : ١٧٩

ولا يفتقر الى اللفظ ولا الى التصرف ، سواء كان غنياً أو فقيراً ، مسلماً أو كافراً .

أما العبد فيملك المولى ، ولو نوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف ويتبع به بعد العتق ومن نعتق بعضه حكمه حكم الحر في قدر الحرية ، وحكم العبد في الباقي

الملك ، ولصلاحيه القصد المذكور لكونه سبباً لحدوث الملك في الوقت الذي علق به .

قوله : (ولا يفتقر الى اللفظ ولا الى التصرف)

لانتفاء الدليل .

قوله : (سواء كان غنياً أو فقيراً ، مسلماً أو كافراً)

لاطلاق النصوص^(١) ، وصلاحيه كل واحد منهم للالتقاط لكونه اكتساباً

قوله : (أما العبد فيملك المولى)

ها حذف تقديره . أما العبد فيملك لنفسه المولى ، لأن العبد لا يملك

قوله : (ولو نوى التملك دون المولى لم يملك ، نعم له التصرف ويتبع به بعد العتق) .

أي : لو نوى العبد التملك ، ولم تقع من المولى نية التملك لم يملك ، لكن يشترط أن لا يكون قد أدن له في تملك ، ولا فرق في عدم حصول الملك بذلك بين أن ينوي التملك لنفسه أو للمولى ، صرح به في التذكرة^(٢) ، فإنه على كل من التقديرين إنما يقع الالتقاط منه لميد .

(١) الفقيه ٣ : ١٨٦ حديث ٨٤٠ ، التهذيب ٦ : ٣٨٩ ، ٣٩٠ حديث ١١٦٣ ، ١١٦٥ ، ١١٦٩ ،

الاستبصار ٣ : ٦٨ حديث ٢٢٧ ، ٢٢٩

(٢) التذكرة ٢ : ٢٥٣

ولكن لا فرق في هذا الحكم بين أن يقول العبد لا يملك مطلقاً أو يملك بتمليك السيد؛ لاستعناء التملك من السيد حيثئذ .

إذا تقرر هذا ، فإنه إذا نوى لتمكنك لم يملك كما حققناه ، فإن العين في يده كالمقبوضة بالقرض لعاسد ، ساء على أن التملك إذا صح يكون كالمأخوذ بالقرض الصحيح ، فيثبت العوض من أول الأمر كما هو مختار المصنف .

فعلى هذا هل يباح^(١) له التصرف؟ ظاهر قوله في الكتاب (نعم له التصرف) يقتضي ذلك ؛ لأن له التصرف بالمباحات إذا حارها كشرب الماء ، وأكل الحصرات والمباحات ، ولحوم الصيد ، وبحوها من غير توقف على إذن السيد ، واللقطة كأحدها . وفيه نظر ، لأن اللقطة مال الغير فلا يحل التصرف فيها إلا بعد التملك ، فيبقى توقف ذلك على إذن المولى ، فإذا أذن له في التصرف فمقتضى ما ذكرناه دحوله في ملك السيد؛ لاستلزام الإذن له ، ويحتمل العدم ؛ لأنه أعم منه .

وعلى هذا التقدير لا يفيد لادن إباحة التصرف ؛ لأن اللقطة باقية على ملك الغير ، فلا يحل التصرف فيها بحال ، ومتى تلفت العين في يد العبد بعد نية التملك كانت مصمومة عليه يتبع بها بعد العتق ، كل هذا مع عدم الإذن في الالتقاط ولا في التملك .

ويمكن تنزيل إطلاق المصنف أن له التصرف على أحد أمرين : إما كون اللقطة دون الدرهم ، فإنها كسائر المباحات حقيقة ، ولا تحتاج إلى نية التملك ، وهو خلاف الظاهر من العبارة ، إذ الظاهر^(٢) فيها أن هذا فيما كان درهماً فصاعداً باعتبار ما قبله .

(١) في «ق» يجوز

(٢) في «ق» استلزام

ولو نوى أحد الملتقطين احتص بمئث نصيبه .

وهل يملكها مجاناً ويتجدد وجوب العوض بمجيء مالكيها ، أو بعوض ثبت في ذمته ؟ اشكال . والفائدة وجوب عزلها من تركته ، واستحقاق الزكاة بسبب العزم ، ووجوب الوصية بها ، ومنع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثاني .

وأما كون التصرف بحور كرب الطهر ، وشرب اللب ، وتحمل الدابة ، ونحو ذلك فإنه يجوز للملتقط ، والعد ملتقط حقيقة ، فلا يتوقف على الاذن . أما مطلق التصرف فلا يتجه ، ومن هذا يعلم أن العبارة لا تحلو من مناقشة .

قوله : (وهل يملكها مجاناً) ويتحدد وجوب العوض بمجيء مالكيها ، أو بعوض ثبت في ذمته ؟ اشكال)

أي هل يملك الملتقط اللقطة مجاناً ؟ أي بغير عوض ، ثم عند المطالبة من المالك يتجدد وجوب العوض ، أو يملكها من أول الأمر بعوض ثبت في ذمته ؟ فيه اشكال ، وهذه المسألة بعينها هي التي تقدمت في قوله . (وبنيّة التملك يحصل الضمان . . .)

فمنشا الاشكال هو ما سبق بيانه هناك ، مع أنه قاصر عن بيان الوجوه المحتملة ، فإن من المحتمل هو أن يملكها ملكاً مراعى ، أي : متزلزلاً يزول بمجيء المالك ، ويجب البذل مع تعذر رد العين ، وهو محتاره في التحرير^(١) .

ومنه أن يملكها ملكاً مستقراً ، ويجب العوض بمطالبة المالك ، وهو قول الشيخ في المبسوط^(٢) .

ومنه أن يملكها بعوض كالقرض الصحيح ، وهو مختار المصنف هنا على

(١) التحرير ٢ : ١٢٧ .

(٢) المبسوط ٣ : ٣٢٣ .

ما يرشد اليه طاهر كلامه السابق ، وإن كان قد تردد هنا فهو مباحشة ثالثة .

وبعد أن يكون رجوعاً إلى التردد عن الجزم ، وكأن المصنف حاول في الأول بيان أن الملك للملحوظ يثبت مستقراً ، ثم أظهر التردد في أن العوض متى يلزمه ، إذ لا شبهة في أن المالك له استحقاق في ماله إذا علم ، كما صنع في التذكرة^(١) فلم تساعد العارة ، وتظهر فائدة الاحتمالين اللذين ذكرهما في أمور :

الأول . وجوب عزلها من تركته وإن لم يجيء المالك ، لأنها دين فيجب فيها ما يجب في الدين على الثاني دون الأول .

الثاني : استحقاق الزكاة بسبب العزم قبل المطالبة على الثاني أيضاً

الثالث : وجوب الوصية بها على الثاني .

الرابع . منع وجوب الخمس بسبب الدين قبل المطالبة ، لأنها دين فيستثنى من الأرباح على الثاني أيضاً . وربما قيل . إن المراد عدم وجوب الخمس فيها على الثاني ، لأنها في معنى لقرص ، وهو صحيح ، إلا أن العبارة قد تأباه .

وينبغي أن يقال . لا يجب الخمس فيها مطلقاً ، لأنها بمعرض وجوب العوض ، ولأن ملكها مترلزل فلا يعد اعتماداً حقيقياً ، ولأنها منتقلة عن مالك بخلاف مساحات الأصل .

الخامس : تقسيط التركة مع القصور وأموال المقلس على عوضها وعلى باقي الديون على الثاني خاصة دون الأول .

السادس : اندراجه في الدر والوصية والوقف على المديومين قبل مجيء

وتملك العروض كالأثمان ، ولا يحوز التملك إلا بعد التعريف وإن بقيت في يده أحوالاً .

ويكفي تعريف العبد في تملك المولى لو أراه .

وما يوجد في المفاور ، أو في حرية قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الإسلام ، وإلا فلقطة على أشكال .

المالك على الثاني خاصة ، وبالحملة فكل حكم يتعلق بالمديون يتعلق به قبل مجيء المالك على الثاني خاصة ، والمعتمد ما قدمناه .

قوله : (وتملك العروض كالأثمان) .

وفي إحدى الروايتين عن أحمد ^(١) : لا يملك العروض بالتعريف ، بل يعرفها دائماً عند بعض ، أو يتخير بين دفعها إلى الحاكم عند آخرين ، وهو غلط .

قوله : (وإلا فلقطة على أشكال)

أي : وإن كان عليه أثر الإسلام فاشكر بشاً . من عموم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : أن الواجد ربما وجد في الخربة ^(٢) ، ومن أن أثر الإسلام يقتضي سقوط يد للمسلمين ، فتكون لقطة يجب تعريفها .

ويشكل بأن أثر الإسلام قد يصدر من غير المسلمين ، إلا أن يقال : إن ضميعة الدار إليه تؤيد كونه للمسلمين ، ولأنه أشهر وأقرب إلى تعيين ^(٣) البراءة ، وعليه تنزل رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام ^(٤) ، وهو الأقرب . ويتحقق أثر الإسلام بإحدى الشهادتين إذا كانت مكتوبة عليه ، وكذا

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٣٥٧ .

(٢) التهذيب ٦ : ٣٩٠ حديث ١١٦٥ .

(٣) في ٤٠٠ يقيس .

(٤) التهذيب ٦ : ٣٩٨ حديث ١١٩٩ .

وكذا المدفون في أرض لا مالك لها ، ولو كان لها مالك فهو له ،
ولو انتقلت عنه بالبيع اليه عرّفه ، فإن عرّفه فهو أحق به ، وإلا فهو
لواجده ، وهل يجب تتبع من سبقه من الملاك ! اشكال .

اسم سلطان من سلاطين الاسلام ، ونحو ذلك ، وهذا اذا كان في بلاد الاسلام
كما سبق في المحس .

قوله : (وكذا المدفون في أرض لا مالك لها) .

أي . الحكم فيما لا أثر عليه . وفيما عليه أثر كما سبق ، فيكون في
الثاني اشكال .

قوله : (ولو انتقلت عنه بالبيع عرّفه ، فإن عرّفه فهو أحق به ،
وإلا فهو لواجده) .

لانتهاء يد الثاني عنه فتكون اليد فيه للأول ، فاذا عرّفه بأنه له كان أحق
به ووجب تسليمه اليه ، لأنه صاحب يد ، ولقول أحدهما عليهما السلام في
صحيفة محمد بن مسلم . « إن كانت الدار معمورة فهو لأهلها ، وإن لم يعرفه
فهو لواجده »^(١) فينبغي أن يقال . إن لم يكن عليه أثر الاسلام وإلا فيبعد
التعريف .

قوله : (وهل يجب تتبع من سبقه من الملاك اشكال) .

ينشأ من وجود المقتضي ، وهو كونه قد كان في يده ، ولم يعلم
الانتقال عنه . ومن اطلاق قولهم إنه للمشتري اذا لم يعرفه البائع ، وهو
ضعيف ، والأول أقوى . ولا فرق بين انتقال الملك بالبيع ، أو بغيره من وجوه
الانتقالات في وجوب التعريف ، فإن لم يعرفه أحد منهم فهو للمشتري قطعاً ،
لكن ينبغي أن يكون مع أثر الاسلام لفظة ، وقد صرح بذلك في الدروس في
باب الخمس^(٢) ، وهو المعتمد .

(١) التهذيب ٦ . ٣٩٠ حديث ١١٦٥

(٢) الدروس : ٦٨

وكذا التفصيل لو وجدته في جوف لدابة ،

قوله : (وكذا التفصيل لو وجدته في جوف دابة) .

فإنه يجب أن يعرفه البائع وعيره من كان مالكاً قبل ، فإن عرفه فهو له ،
وإلا فمن قبله (كما سبق)^(١) فإن لم يعرفه أحد منهم فهو للواجد عند علمائنا ،
استند في التذكرة اليهم واحتمل كونه لقطه^(٢) .

ويسني أن يقال : مع وجود أثر الاسلام يكون لقطه ، لكن في صحيحة
علي بن جعفر قال : كنت إلى الرجل أسأله عن رجل اشترى جزوراً أو بقرة
للأضاحي ، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنانير أو جواهر أو لمن
تكون؟ قال : موقع عليه السلام : « يعرفها ، بئاع فإن لم يكن يعرفها فالشيء لك
رزقك الله إياه »^(٣) وظاهرها يقتضي الاقتصر على تعريف البائع

ويمكن أن يقال : مع وجود الأثر فوجوب التعريف مستعاد من الأدلة الدالة
على التعريف مطلقاً^(٤) ، وفيه بحث ، وإنما وجب تعريف الساع لسبق يده
وإمكان كون ذلك من ماله ؛ لأنه مال مملوك في الأصل .

والظاهر أن الجوهر له ؛ لعدم وجود الجوهر في الصحراء واعتلافه ، ولو
كان الحيوان وحشياً في الأصل وقد رباؤه المالك عنده ، وكذا السمكة في
بحيرة يختص به في بيته ، ونحو ذلك لم يعد الحاقه بالدابة .

(١) لم ترد في (م)

(٢) التذكرة ٢ : ٢٦٥

(٣) الكافي ٥ : ١٣٩ حديث ٩ ، الفقيه ٣ : ١٨٩ حديث ٨٥٣ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٤ ، وفيها
جميعاً : عبدالله بن جعفر ، وهو الصحيح قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦ : ١٧٨ وقد
سها القلم في جامع المقاصد فأثبت علي بن جعفر مكان عبدالله بن جعفر بحمري ، وتبعه على
ذلك الشهيد الثاني في الروضة وموضح من المسائل

(٤) الكافي ٥ : ١٣٧ حديث ٤ ، التهذيب ٦ : ٣٩٦ حديث ١١٩٤

أما لو وجدته في جوف السمكة فهو لواجده وتحتة دقيقة .

قوله . (أما لو وجدته في جوف سمكة فهو لواجده وتحتة دقيقة) .

أي : لو وجد مالاً ، فمرجع الصمير في هذا ، وفي قوله : (لو وجدته في جوف دابة) ما دل عليه ، وما يوجد في المفاوز في جوف سمكة فهو لواجده ، واطلق الأصحاب ذلك (١) .

وفصل بعض العلامة فقال : إن كانت السمكة قد انتضت بالبيع من الصيد فوجدتها المشتري ، ولم يعلم الصيد بها فهي للصيد ؛ لأنها قد دخلت في ملكه ولم يرض بيعها إذ لم يعلم بها . وأصحابا على أنها للمشتري ، وهو المختار ؛ لأنها لم تدخل في ملك الصيد إذ لم يعلم بها ، فإن الملك فرع القصد إلى الحياة ، وهو متب مع عدم العلم .

وأشار المصنف بقوله (وتحتة دقيقة) على ما ذكره إلى أن تملك المساحات يحتاج إلى النية ، إذ لولا ذلك لكانت للصيد .

ويمكن أن يقال : هذا يدل على أن من لم يعلم بالمباح لم يملكه ، ولا يدل على اشتراط نية التملك ، لإمكان أن لا يعد ذلك حياة ، لأن حياة الشيء أخذه وحفظه والاحتصاص به ، ولا يكون ذلك إلا مع العلم .

وكذا لو كان الموجود في جوفها شيئاً مما يخلق في البحر كالعنبر وشبهه ، ولو كان الموجود في حوفها دراهم أو دنائير ، أو درة مثقوبة ، أو فيها ذهب أو فضة ، أو غير ذلك مما يكون أثر الأدمي فقد قال أحمد : إنه لقطة ، ونفى عنه اليأس في التذكرة .

وفي التحرير : إنه إن وجد ذلك الصيد فهو كالملتقط يجب عليه التعريف ولا كلام فيه ، وإن وجدته المشتري فعليه التعريف ، ثم قال : واطلق علمائنا

(١) منهم الشيخ المفيد في المقحة ٩٩ ، رابح حمرة في الوسيلة ٣٢٥ ، والعلامة في التذكرة ٢ : ٢٦٥ .

القول في ذلك فواجبوا تعريف البائع وإن عرّفها فهي له ، وإلا يخرج الخمس وحل له الباقي ، ولم يجعلوه كاللقطة^(١) .

والذي حققه في المختلف إن الموحود إما أن يكون عليه أثر الاسلام أو لا ، فإن كان وجب تعريفه من البائع وغيره ، لسبق ملك المسلم عليه ، ويكون حكمه حكم اللقطة ؛ لأنه مال مسلم صائغ فوجب التعريف حولاً إلى الحيوان ما كالألة ، وإن لم يكن عليه أثره فقال بعد كلام طويل : ليس عندي بعيداً من الصواب القول بوجوب التعريف لما يحد في بطن الدابة مطلقاً ، سواء كان عليه أثر الاسلام أم لا ، وكذا ما يجده في بطن السمكة بما ليس أصله البحر ، أما إذا كان أصله البحر فلا^(٢) .

واقول : إن الذي يقتضيه النظر أن الموحود في جوف الدابة يجب تعريفه بائعها ومن قبله ، فمن لم يعرفه أحد منهم فهو لقطة ، ولا يعد ركاراً كما هي الموحود في الدار ، وإن كان في جوف السمكة المأخوذة من غير المياه المحصورة ، وليس عليه أثر ملك مالك للواجد على ظاهر مذهب الأصحاب ، وما عداه لقطة .

وأما السمكة المأخوذة من الماء المحصور فليس بعيد كون ما في بطنها كالذي في بطن الدابة ، ثم إن كان محسوراً من البحر وملحقاً بالعوص يجب فيه الخمس دون ما سواه على ما ذكره مصنف في المختلف^(٣) .

واعلم أن عبارة الكتاب غير محررة ؛ لأن الموجود في جوف السمكة لا يكون لواجله وهو مشتريها من الصيد على إطلاقه ، كما هو مقتضى أول الكلام .

(١) التحرير ٢ : ١٢٨ .

(٢) المختلف ٤٥١ .

(٣) المصدر السابق

ولو وجد في صندوقه أو داره مالا ولا يعرفه فهو له إن لم يشاركه في الدخول غيره ، وإلا فلفظة .

ولو دفع اللقطة الى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك ، فإن لم يعرف بعد الحول ردها على المنتقط ؛ لأن له التملك والصدقة

ومع ذلك نقوله (ونحنه دقيقة) لا يطبق على ذلك ؛ لأن الدقيقة هي أن تملك المصاح يحتاج الى البيعة وهذا إما يكون في المخلوق في الحر فيكون مباحاً بالأصالة فلا ينتظم هذا مع أول الكلام

فرع :

لو صاد غرلاً أو طائراً عليه آثار الميت كخيمة في عنقه ، أو قلادة ونحو ذلك فلفظة .

قوله (إن لم يشاركه في الدخول غيره ، وإلا فلفظة) .

ينبغي أن يحص كونه لقطة بما اذا كان المشارك غير محصور ، فإن كان محصوراً فيجب تعريف المشارك خاصة ، لكن يشكل حينئذ كونه ملكاً له اذا لم يعرفه مع كونه لا يعرفه ، فلذلك اطلق الأصحاب كونه لقطة مع الشريك .

قوله (ولو دفع اللقطة الى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك ، فإن لم يعرف بعد الحول ردها على المنتقط ، لأن له التملك والصدقة) .

لا ريب أن دافع اللقطة الى الحاكم يبرأ بذلك ؛ لأنه ولي الغائب ، فإذا رأى المصلحة في بيعها فباعها ووجد المالك رد الثمن عليه والبيع صحيح ؛ لأن تصرف الحاكم مع المصلحة ماص . وإن لم يعرف بعد التعريف حولاً وجب ردها على المنتقط ؛ لأنه استحقها بالانقطاع . ويكفي تعريف الحاكم عن تعريفه ؛ لأنه لا يجب أن يعرف بنفسه .

ولو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه ، فإن أخذه عرّفه سنة ثم ملكه إن شاء ، إلا أن يعلم بشاهد الحال أنه تركه عوضاً فيجوز أخذه

والظاهر أنه لا فرق بين أن يلتقطه سبة الحفظ أبداً أو لا ، نعم لو عرف الحاكم منه أنه لا يريد أخذها حفظها هو أو تصدق بها ، ولا ريب أن للملتقط التخيّر بين التملك ، والصدقة ، والحفظ لكن يحتمل أن الحاكم لا يجب عليه الدفع إليه لأجل محرد الحفظ ، لأن حفظ أموال الغائبين إلى الحاكم ، ولعل المصنف إنما لم يذكره لذلك

والتحقيق : إن أصل الرد واجب لأن الملتقط التملك فيجب الرد لأحله قطعاً ، أما الرد لأجل الصدقة والحفظ فهي وجوبه الكل منهما نظر ، يشأ . من أن ولي الغائبين الحاكم ، وممن أن يملكه ولاية خاصة لكل من الأمرين . قوله : (ولو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه ، فإن أخذه عرّفه سنة ثم ملكه إن شاء) .

لو كان في الحمام أو المسجد ونحوهما ، فلم يجد ثيابه أو مداسه أو فراشه ، ولكن وجد مثل المفقود لم يكن له تملكه عوضاً عما ذهب له ، لأنه مال الغير فلا يحل من دون طيب نفسه

وقول المصنف . (ولو وجد عوض ثيابه) لا يريد به العوض الحقيقي ، إذ لو تحقق كون مالكة قد عاوض به حاز لأخذ قطعاً

وقوله : (لم يكن له أخذه) يريد به عسى قصد العوض ، أما أخذه لفظة فجائز قطعاً ، فإن أخذه لم يكن إلا لفظة ، فيجب تعريفه سنة إن كان درهما فصاعداً ، فإذا عرّفه تملكه إن شاء ، فإن جاء المالك قاصه بماله وتراد الفضل إن أوجسا العوض ورصى الملتقط بحمل ماله عوضاً ، وإلا تراداً وكان للملتقط المطالبة بالأجرة والنقص دون الآخر .

قوله : (إلا أن يعلم بشاهد الحال إن تركه عوضاً فيجوز أخذه حينئذ

حيث أنه من غير تعريف .

ولومات الملتقط عرف الوارث حولاً وملكها ، والبحث فيه
كالمورث .

من غير تعريف) .

لو علم المأخوذ ماله أن الأحـد قصد المعاوضة لم يحتج إلى التعريف ؛
لأن التعريف في الضائع ، ومع العلم بترك المالك قصداً لا يكون المال
ضائعاً . ويكفي في هذا العلم شاهد الحال ، بأن يكون الذي للأخذ أردا من
الذي أخذه ، ويكون المأخوذ مما لا يشبه على الأحـد بالذي له . كذا أو نحوه
ذكر المصنف في التذكرة ، قال : وحيث يبالغ للواحد استعمالها ؛ لأن الظاهر أن
صاحبها تركها له باذلاً له إياها عوضاً عما أحـده ، فصار كالبيع له أخذها
بلسانه (١) .

ولقائل أن يقول . إن تم ما ذكر من الدلالة على المعاوضة لم يكن
للمأخوذ ماله التصرف في هذه الحالة ، إلا إذا رضي بتلك المعاوضة ، ومن
الممكن أن لا يرضى ؛ لأن العرص أن ماله أجود ، فكيف يستقيم إطلاقه جواز
التصرف على ذلك التقدير .

ثم انه لم لا يحور أن يتصرف بها مطلقاً ، سواء شهد الحال بأخذ الأحـد
على قصد المعاوضة أو غلطاً ؛ لأن الأحـد عاصب فيجوز للمأخوذ ماله التصرف
في مقداره للحيلولة ؛ فإن أمكه ثبت ذلك عليه عند الحاكم رفع الأمر إليه ،
ليأذن له في الأحـد على لوجه المذكور ، ولا استقلال به على وجه المعاوضة

قال المصنف في التذكرة بعد أن حكى عن الحنابلة رفع الأمر إلى الحاكم
ليبيعها ويدفع ثمنها إليه عوضاً عن ماله . وما قلناه أولى ؛ لأنه أرفق بالناس ، لأن
فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه لحصول عوضها له ، وللمسارق بالتخفيف عنه من

ولو مات بعد الحول ونية التملك فهي موروثة ، ولو لم ينو كان للوارث التملك والحفظ .

ولو فقدت من التركة في أثناء الحول أو بعده من غير نية التملك احتمل الرجوع في مال الميت ، وعدمه

الاثم ، وحفظ هذه الثياب المتروكة من الصبيح ، وقد ابيع لمن له على انسان حق من دين أو عصب أو غير ذلك أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك^(١)

قلت : ما ذكرناه انفع وارفق ، لأنه شامل لجميع صور الأخذ كما لا يحصى . ثم ان الأخذ على جهة المقاصة لا ينوقب على رضى من عليه الحق ، فلا يشترط شهادة الحال بقصد المعاوضة كما ذكره ، وما استشهد به من إباحة أخذ من له على انسان دين أو حق إما يطق على ما ذكرناه

نعم إن حور أن يكون الأخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطه قطعاً ، إلا أن مقتضى كلامه التحويل على القرينة لدالة على أن الأخذ هو المتروك ماله ، وما احسن عبارة الدروس بالسنة الى هذا فإنه قال : ومن وجد عوص ثيابه أو مداسه فليس له أخذه ، إلا مع القرينة الدالة على أن صاحبها هو الذي أخذ ثيابه لكونها أدون واحصار المشتبهين ، ومع عدم القرينة فهو لقطه^(٢) .

قوله : (وقد فقدت من التركة في أثناء الحول ، أو بعده من غير نية التملك احتمل الرجوع في مال الميت وعدمه)

وجه الاحتمال الأول عموم قوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٣) والأصل بقاء العين ، فإذا تعدت وحب لمصير الى بدلها ، ومن أنها

(١) المصدر السابق .

(٢) الدروس : ٣٠٣ .

(٣) مستدرك الوسائل ٢ : ٥٠٤ حديث ١٢ ، مس البيهقي ٦ : ٩٥ ، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٠٢ حديث

٢٤٠٠ ، مسند أحمد ٥ : ٨ ، ١٣ ، مستدرك الحاكم ٢ : ٤٧ ، وفيها حتى تؤديه ، مس الترمذي ٢ :

٣٦٨ حديث ١٢٨٤ ، مسند أحمد ٥ : ١٢

الرابع: الرد : ويجب مع قيام البيعة ، ولا يكفي الواحد ولا الوصف إن ظن صدقه للأطرب فيه ، نعم يجوز ، فإن امتنع لم يحبر عليه ، فلو دفع الى الواصف وطهرت البيعة لغيره انتزعتها العير ، فإن تلفت رجع على من شاء .

أمانة ، والأصل براءة الدعة من وجوب البذل ، والوجوب إنما هو متعلق بتسليم العين وذلك مع وجدانها أما البذل فلا يحب إلا بالتلف مع التصريط وهو منتف بالاصل ، والأصح عدم أحد شيء من مال الميت ، وقد سبق نظيره في الوديعة .

قوله : (الرابع : الرد ، ويجب مع قيام البيعة ، ولا يكفي الواحد ولا الوصف ، وإن ظن صدقه للأطرب فيه ، نعم يجوز) .

أي : يحوز التسليم إلى الواصف إذا ظن صدقه ، وهو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن مناط أكثر الشرعيات هو الظن ، ولأنه لو لا ذلك لآدى الى عدم وصولها الى مالكها غالباً ، إذ من المستبعد إقامة البيعة على ما يستصحبه الانسان من أمواله .

ولأن في قوله عليه السلام لمنتقط « اعرف عقاصها » وهو وعاءها الذي هي فيه من خرقة وقرطاس وغيرهما ، « ووكاؤهما » وهو الخيط الذي يشد به المال في الخرقة أيماء الى ذلك ؛ لأن فائدة معرفته تظهر اذا جاوزنا الدفع بالوصف ، ومثله الايغال في الانهم حال تعريفها ، والاقتصار في الاشهاد على بعض الاوصاف .

وقال ابن ادريس . لا يجوز دفعها إلا بالبيعة ؛ لاشتغال الذمة بحفظها ، وعدم ثبوت كون الوصف حجة شرعية في جوار الدفع والعمل بالمشهور^(١) .

وهل شهادة العدل الواحد كالوصف المفيد للظن في جواز الدفع وعدم

ويستقر الضمان على الواصف ، إلا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لورجع عليه المالك .

ولو أقام كل منهما بينة بعد الدفع إلى الأول ولا ترجيح أقرع ، فإن خرج الثاني انتزعت من الأول .

وجوبه؟ احتمله في التذكرة^(١) ، وهو متوجه ، لأن شهادة العدل الموثوق به أقوى من الوصف .

قوله (ويستقر الضمان على الواصف)

لأن التلق في يده ، ولأنه عاد عار .

قوله : (إلا أن يعترف الدافع له بملك فلا يرجع عليه لورجع عليه المالك) .

لاعتراه بكون الأخذ منه ظلماً .

قوله (ولو أقام كل منهما بينة بعد الدفع إلى الأول ولا ترجيح أقرع) .

لأنه أمر مشكل ؛ لانتفاء الأولوية وامتناع الحكم بهما ودفعهما

قوله : (فإن خرج الثاني انتزعت من الأول) .

إنما ينتزع بعد احلافه ، فإن كل من حرح اسمه بالقرعة يستحقها بيمينه ، نص عليه في التذكرة^(٢) . فإن امتنع أحلف الآخر ، فإن امتنع احتمل انقاؤها أمانة عليهما حتى يصطلحا ، أو عسى غيرهما ، ذكره المصنف في التذكرة^(٣) .

(١) التذكرة ٢ : ٢٦٤ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٦٥ .

(٣) المصدر السابق .

ولو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان قد دفع بحكم الحاكم ، وإن دفع باجتهاده ضمن .

ولو تملك بعد الحول فدمت البينة لم يجب دفع العين ، بل المثل أو القيمة إن لم تكن مثلية ، فإن رد العين وجب على المالك القبول ، وكذا لو عابت بعد التملك مع لأرض على اشكال .

قوله : (ولو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان قد دفع بحكم الحاكم)

إذ لا يقصر منه حيث لا أن الدفع واجب عليه ، وحكم الحاكم يصير سرلة المكره وهل يضمن الحاكم في بيت المال بظهور الخطأ في دفع مال الغير الى غير مستحقه ؟ لا أعلم به تصريحاً

وسبغى عدم الضمان لوجود القابض فيرجع عليه قوله (وإن دفع باجتهاده ضمن) لأن الدفع مستند اليه وقد تبين كونه بغير حق

قوله : (ولو تملك بعد الحول فدمت البينة لم يجب دفع العين ، بل المثل أو القيمة إن لم تكن مثلية) .

هذا مبني على أنه اذا تملك بعد التعريف حولاً يضمن العوض ولا يجب دفع العين ، وقد سبق أن الأصح وحوب ردها ، ويمكن أن يقال إن الواجب في القيمي القيمة فلا يجري غيرها ، لا بالتراضي .

قوله : (فإن رد العين وجب على المالك القبول) .

تفريعاً على مختاره ، ووجهه ان العين أقرب الى نفسها من المدل ، وقد سبق بيان مثله في القرض .

قوله : (وكذا لو عابت بعد التملك مع الأرض على اشكال) .

ينشأ من أن الواجب القيمة في القيمي ، والمثل في المثلي ، ومع وجود العيب فلا مماثلة . ومن أن العين مع الأرض الساد مسد المائت أقرب الى

والزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول للمالك ، وفي تبعيته اللقطة نظر ، أقربه ذلك ، وبعده للملتقط إن تحدثت بعد نية التملك ، وإلا فكالأول ولو رد العين لم يجب رد الماء ،

نفسها من القيمة ، وعلى ما احتزنه فالواحد رد العين مع الأرض فيجب قبولها .

قوله : (والزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول للمالك)

لأنها نماء ملكه .

قوله : (وفي التبعة للقطعة نظر أقربه ذلك)

يشأ : من أن الماء تابع للأصل ، ومن اختصاص العين بمعنى الالتقاط بخلاف الماء ووجه القرب : إن المخرج لا يزيد على أصله ، وقد استحق الملتقط تملك العين ، فمقتضى التبعة يستحق تملك الماء ؛ لأن المرض تجدد بعد استحقاق تملك الأصل وإن كان لتعريف شرطاً ، فإذا عرّف الأصل حولاً تملك الجميع إن شاء على الأقرب .

قوله : (وبعده للملتقط إن تجددت بعد نية التملك ، وإلا فكالأول) .

أي : وبعد الحول إذا تجددت الزيادة يكون للملتقط ؛ لأنها نماء ملكه ، وهذا إذا كان تجددتها بعد نية التملك وإلا - أي - وإن لم يكن بعد نية التملك - فكالأول ، وهو المتجدد في الحول ، فيكون في التبعة الأشكال ، والأقرب هنا ما هو الأقرب هناك .

قوله : (ولو رد العين لم يجب رد الماء) .

لأنه نماء ملكه وإن قلنا بوجوب رد العين إذا حاء المالك ؛ لأن تزلزل الملك لا ينافي ثبوته ، كما في البيع في زمان الخيار ، وهذا إنما هو في الماء المنفصل دون المتصل .

فلو دفع العوض لمن قامت له البيعة ضمن للثاني مع البيعة ، لأن المدفوع ليس نفس العين ، ويرجع على الأول ، لتحقيق بطلان الحكم .

قوله : (ولو دفع العوض لمن قامت له البيعة ضمن للثاني مع البيعة) لأن المدفوع ليس نفس العين ، ويرجع على الأول لتحقيق بطلان الحكم) .

هذا فيمن تملك بعد الحوز وضمن العوض عند المصنف ، فإن الأول إذا أقام البيعة بالاستحقاق يدفع إليه العوض ، ثم أقام الثاني البيعة وانتهى المرحع ، فأقرع فخرج الميم الثاني ، فاحتلف فإنه يجب على الملتقط الغرم ، لأن المدفوع لم يتعين كونه العوض الذي في دمه ، لأنه لم يقصده المستحق ، لكن يرجع به على الأول يظهر بطلان الحكم بأن العين له

المقصد الرابع : في الجمالة : وفيه مطلبان .

الأول : في الأركان : وهي أربعة :

الأول : الصيغة : كقوله من رد عدي ، أو صالتي ، أو فعل كذا ، وما أشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا . فلورّد اسان ابتداء فهو متبرع لا شيء له ، وكذا لورّد من لم يسمع الجمالة على قصد التبرع ، وإلا فاشكال .

قوله (المقصد الرابع . في الجمالة ، وفيه مطلبان : الأول : في الأركان وهي أربعة :

الأول : الصيغة كقوله : من رد عدي ، أو صالتي ، أو فعل كذا ، وما أشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا)

ظاهره انه لا قبول أصلاً ، ومفهوم الجمالة يقتضي ذلك ، لكن ظاهرهم أن الجمالة من العقود (الحائزة)^(١) فيكون القول فيها فعلياً ، ومفهوم قول المصنف بعد ذلك . (ولا القبول نطقاً) بمعنى هذا

قوله : (وكذا لورّد من لم يسمع لجمالة على قصد التبرع ، وإلا فاشكال) .

أي : وكذا لا شيء لورّد من لم يسمع الجمالة على قصد التبرع قطعاً ؛ لأنه لو سمع الجعل فورد متبرعاً لا يستحق فهو رلي ، وإن لم يكن رده على قصد التبرع بل على قصد الاستحقاق فاشكال بشئ من أنه قد فعل متعلق الجعل على قصد الاستحقاق مطابقاً لصنور الجعل من المالك ؛ لأن العرض شمول

(١) لم ترد في م

ولو كذب المخبر فقال . قال فلان : من رد ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك ولا المخبر ، لأنه لم يضمن ،

اللفظ له فيستحق ، ولأنه عمل محترم لم يقصد به فاعله الترع ووقع بإذن الجاعل .

ولأن المقتضي للاستحقاق - وهو جعل المالك بصيغة تشمل العامل وعدم تبرعه - موجود ، والمانع ليس إلا عدم علمه بصدور الفعل لا يصلح للمانع ، للشك في مانعيته فيعمل المقتضي عمله .

ومن أنه بالنسبة إلى اعتقاده متبرع ، إذ لا عرة مقصده من دون جعل المالك .

ويمكن أن يقال يفرق بين من رد كذلك عالماً بأن العمل بدون الجعل ترع وإن قصد العامل العوض ، وبين غيره ، لأن الأول لا يكاد ينفك من التبرع ، بخلاف الثاني فيستحق دون الأول ، وفيه قوة .

وأطلق شيخنا الشهيد^(١) ، والفاضل الشارح الاستحقاق^(٢) ، (وما ذكرناه من التفصيل أولى

وأعلم أن على عبارة الكتب مؤاحدة ، فإن قوله : (ولا فاشكال) يقتضي ثبوت الاشكال في كل من لم يرد على قصد الترع ، فيتناول من رد لا على قصد الترع ولا على قصد الاستحقاق^(٣) . وليس بحيد ؛ لأن هذا مترع وإن لم يقصد الترع .

قوله : (ولا المخبر ؛ لأنه لم يضمن) .

وإنما الراد ادخل نفسه على عمل بدون تعيين الاستحقاق ، فالتقصير من

(١) للبروس : ٣٠٥ .

(٢) إصلاح الموائد : ١٦٢ .

(٣) ما بين القوسين لم يرد في هذا

ولو تبرع المخبر وقال : من رد عبد فلان فيه درهم لزمه ، لأنه ضامن .
ولو قال : من رد عبدي من العراق في شهر كذا فله كذا ومن خاط
ثوبي في يوم كذا فله كذا صح ، بخلاف الأجرة ، للزومها بخلاف
الجمالة .

الثاني : الجاعل : وشرطه أن يكون أهلاً للاستتجار ، وفي العامل
إمكان تحصيل العمل . ولا يشترط تعيينه ولا القبول نطقاً ، ولو عين فرد

قبله . وإن كان المالك قد جعل ، فرد طمعا في الجعل كفى في الاستحقاق
إخبار المخبر وإن لم يكن ثقة .

قوله : (ولو تبرع المخبر وقال : من رد عبد فلان فله درهم لزم ،
لأنه ضامن) .

لا ريب في صحة الجعل من لأجبي على العمل وإن كان العمل لا
يرجع عليه بفائدة للتوسع في الجمالة .

لما كانت الإجارة لازمة لم يصح تقدير المنفعة بالعمل والرمان معاً ، لأن
اتفاقهما نادر فيحل بلزوم العقد ، ولأن تطبيق العمل على الرمان غير معلوم
التحقق ، فيكون اشتراطه اشتراطاً لما لا يوثق بالقدرة عليه فلم يصح .

أما الجمالة فإنها جائزة ، فإذا لم يتفق بضاق العمل على الرمان لم يخرج
العقد عن مقتضاه وفرق أيضاً بأن التقدير بأمريين معاً يقتضي عدم الوثوق
بحصول العوض ، وهو مغتفر في الجمالة دون الإجارة .

قوله : (ولو قال : من رد عبدي من العراق في شهر فله كذا ، ومن
خاط ثوبي في يوم فله كذا صح ، بخلاف الأجرة للزومها ، بخلاف
الجمالة) .

قوله : (الثاني : الجاعل ، وشرطه أن يكون أهلاً للاستتجار ، وفي
العامل إمكان تحصيل العمل ، ولا يشترط تعيينه) .

غيره فهو متبرع .

الثالث: العمل . وهو كل ما يصح الاستئجار عليه ، وهو كل عمل مقصود محلل وإن كان مجهولاً ولا يشترط الجهل ، فلو قال : من خاط ثوبي أو حج عبي فله دينار صح ؛ لأن جوازه مع الجهل يستلزم أولوية جوازه مع العمل .

أي : العامل ، بل الأصل والغالب جهالته ؛ لأن المطلوب في الجمالة تعيين عوض على عمل

قوله . (الثالث) العمل ، وهو كل ما يصح الاستئجار عليه ، وهو كل عمل مقصود محلل وإن كان مجهولاً

كلما صح الاستئجار عليه صحت الجمالة عليه ، ولا يشترط التعلق في الأوصاف ، فتصح الجمالة على المجهول ؛ لأنها عقد جائز لا يمتنع فيه الغرر ، لكن قوله . (وإن كان مجهولاً) مقتضاه صحة الاستئجار على العمل وإن كان مجهولاً ، من حيث أن ذلك وصلي للعمل المجهول عليه ، وصريح عبارته أن المجهول عليه هو الذي يصح الاستئجار عليه .

واجب عنه بأن المجهول تصح الإحارة عليه لا من حيث أنه مجهول ، ويرد عليه أن الوصلي في العبارة مقتضاه استواء الإحارة والجمالة فيه على أي تقدير كان .

وربما اجيب بأن المراد الحكم بالتساوي في ذوات الأعمال خاصة ، لكن الوهم بحاله ، إذ ليس في العبارة ما يدل على اختصاص الجهالة بالجمالة

قوله : (ولا يشترط الجهل ...) .

ذهب بعض الشافعية إلى اشتراط الجهالة ، وليس بشيء .

الرابع : الجعل : وشرطه أن يكون معلوماً بالكيل أو الوزن أو العدد ، ولو كان مجهولاً كثوب غير معين ، أو دابة مطلقة ثبت بالرد أجرة المثل ، ولو قيل بجواز الجهالة إذا لم تمنع من التسليم كان حسناً كقوله : من رد عبدي فله نصفه ومن خا ط ثوبي فله ثثه .

قوله : (الرابع : الجعل ، وشرطه أن يكون معلوماً بالكيل أو الوزن أو العدد ، ولو كان مجهولاً كثوب غير معين ، أو دابة مطلقة ثبت بالرد أجرة المثل) .

لأن المبحمول غير معين ، والتعاوت به عظيم فلا يعترف ، إذ لا ضرورة إلى اغتفاره بخلاف العمل .

قوله : (ولو قيل بجواز الجهالة إذا لم يمنع من التسليم كان حسناً) أطلق الاصحاب عدم حواز كون الجعل مجهولاً ، لما قلناه من أن الصرورة اقتضت التسامح في جهالة العمل ، ولا ضرورة إلى التسامح في جهالة الجعل ، واستحسن المصنف التفصيل ، وحاصله أن الجهالة إذا كانت مانعة من تسليم الجعل لا يصح معها كثوب ، فإنه لا يلزم أي ثوب . فإن قيل : الأمر الكلي محمول على امر فرد يقع عليه الكلي ، فأقل ثوب سلم وجب قبوله .

قلنا : لما كان مسمى الثوب متفاوتاً تعاضواً عظيماً كان مطنة التارح والتجاذب والخصومة ، فلم يصح الجعل على هذا الوجه أما إذا كانت الجهالة غير مانعة من التسليم ، كنصف بعد الأبق إذا رده فإنه لا يقل الاختلاف ، ومسماه لشخصه لا يقل التمدد .

فإن قيل . يمكن التنازع في احتمال لجودة والرداءة ونحوهما فيكون كالثوب ، فإذا أن يصح فيهما أو لا فيهما .

المطلب الثاني : في الأحكام : الجمالة جائزة من الطرفين ،
فللعامل الفسخ قبل اتمام العمل ولا شيء له ، لأنه أسقط حقه ،

قلنا : لما كانت الجهالة في الثوب باعتبار عدم تشخصه ، وشدة تفاوت
افراده لم تختص جهالته ، بخلاف العبد المعين فإنه لشخصه يتسامح بجهالة
صفاته واحتماله الاعلى والادون ، فإنه لا يقبل تعدد الذات والصفات إذ هي
بحسب الواقع شيء واحد ، غاية ما في الباب أنه غير معلوم الآن ، لكنه معين
في حد ذاته ، ومختار المصنف قوي ، وعلى هذا فيصح جعل صبرة معينة من
الطعام وإن لم يعلم قدرها ، فتكفي المشاهدة بطريق أولى

واعلم أن المصنف في التذكرة قال في آخر هذا البحث . وهو قريب من
استجار المرحمة بجزء من الرصيح الرقيق بعد الطعام^(١) وفي إحياء الموات
من هذا الكتاب قال : **ولو قال : اعمل ولك نصف الخارج بطل ؛ لجهالة**
العوض اجارة وجمالة ، وهو يقتضي عدم حوار الجمالة مع جهالة العمل
مطلقاً .

قوله : (المطلب الثاني : في الأحكام ، الجمالة جائزة من الطرفين
فللعامل الفسخ قبل اتمام العمل ولا شيء له ؛ لأنه أسقط حقه) .

قد يقال إنه لم يسقط حقه مطلقاً ، وإنما أسقطه بالنسبة الى ما بقي ،
فكيف لا يستحق لما مضى ؟ ويقوى هذا الاشكال في العمل الذي تقابل اجزأؤه
بالأجرة ، كبناء المعاطط مثلاً . وقد احتمل في التذكرة الاستحقاق لما مضى ،
وكان آخر كلامه يقتضي ترجيح الاحتمال^(٢) . ويقوى الاحتمال لومات أو شغله
ظالم وفاقا للدروس^(٣) ، لكن ظاهره أن ذلك في نحو خيطة الثوب لا في نحو
رد العبد .

(١) التذكرة ٢ . ٢٨٧

(٢) التذكرة ٢ . ٢٨٨

(٣) الدروس . ٣٠٦ .

وكذا للجاعل قبل التلبس في العمل مطلقاً ويعد فيه أجره ما عمل .

واعلم أنه لو فسخ العامل ثم أراد العمل بالجعل فهل ينسخ العقد ، أو يقال : إن العبرة بإيجاب الجاعل وهو باق بحاله ولا يتعين القبول ، فمتى ردها استحق ، سواء فسخ ثم رد أم لا ؛ لأن اللفظ شامل .

قوله : (وكذا للجاعل قبل التلبس في العمل مطلقاً) .

أي . له الفسخ قبل التلبس في العمل ، لأن العقد جائز من الطرفين ، ولا موقع لقوله . (مطلقاً) كما لا يخفى ، وفسره شيخنا الشهيد في حواشيه بأن معناه أن له ذلك من غير شرط بدل عوض ولا محصل لم .

واعلم أنه إنما يفسخ إذا علم العامل بالفسخ من الجاعل ، وإلا فهو على حكمه ، فلو عمل استحق ، واختاره في التذكرة^(١) ، وما أشبهه بعزل الموكل الوكيل وتصرفه قبل علمه بالعزل .

قوله : (ويعد فيه أجره ما عمل) .

فإذا علم بالفسخ ثم عمل فلا شيء له ، في المستقبل ، وبشكل على ذلك أنه إذا جعل له على رد الضالة ، ثم فسخ وقد صارت بيده فإنه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى حينئذ ، إذ لا يجوز له تركها وتسليمها إلى وكيل المالك أو الحاكم بمنزلة ردها .

وكذا لو لم يجد واحداً منهما^(٢) فإنه لا بد من تسليمها إلى المالك أو وكيله ، فيكون هذا الفسخ بعد حصول ما يستلزم الرد فهو في حكمه ، فلا يكاد يتحقق وجهه .

(١) التذكرة ٢ ، ٢٨٨ .

(٢) في فقه : أحدهما

ويستحق العامل الجعل بالتسليم ، فلو جاء به الى باب منزله فهرب أو مات لم يستحق شيئاً . ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة ، ويعمل بالمتأخر من الجعالتين سواء زادت أو نقصت قبل التلبس ، وإلا فبالنسبة . ولو حصلت الضالة في يد انسان قبل الجعل وجب دفعها الى مالئها ولا شيء له ،

قوله : (فلو جاء به الى باب منزله فهرب أو مات لم يستحق شيئاً ، ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة) .

وجه الأول : إنه لم يأت بالمجهول عليه فلم يستحق شيئاً ، ووجه الثاني وهو الاستحقاق مع الموت دون الهرب لأن المانع ليس من قبله بل من قبل الله تعالى ، ولأن الرد الممكن عادة قد حصل ، وتسليمه من الموت ليس داحلاً تحت قدرة البشر .

قوله : (ويعمل بالمتأخر من الجعالتين ، سواء زادت أو نقصت قبل التلبس) .

لأن الجمالة جائرة ، وهذا اذا علم بالرجوع عن الأولى ، والا استحق الأولى .

قوله : (وإلا فبالنسبة) .

أي : وإن كان بعد التلبس ، فما مضى من العمل استحق له بنسبة الجمالة الأولى ، لأنها لازمة من طرف المالك فيما مضى ، ويستحق لما بقي بنسبة الجمالة الثانية ، ويشكل بما سبق فيما اذا فسخ المالك بعد التلبس .

قوله : (ولو حصلت الدابة في يد انسان قبل الجعل وجب دفعها الى مالئها ، ولا شيء له) .

لوجوب الدفع من حصولها في اليد ، فلا يستحق أجراً حيثئذ ، إذ لا حمل بالأذن يستحق به . والجعل يفتح الجيم واسكان العين . الاثيان بصيغة

وكذا المتبرع ، سواء عرف برد الإباق أو لا . وسواء جعل المالك وقصد
العامل التبرع أو لم يجعل وإن لم يقصد التبرع .

الجمالة .

واعلم أن على ظاهر العبارة اشكالا ، وهو أن الدفع ليس بواجب إنما
الواجب الاعلام والتخليه ، ولهذا قال في التذكرة : إنه لو قال : من رد عليّ
مالي فله كذا فرده من كان المال في يده نظّر من كان في يده كلفة ومؤنة
كالعد الأبق استحق الجعل ، وإن لم يكن كاندراهم والدباير فلا ؛ لأن مالا
كلفة فيه لا يقابل بالعوض ، وهذا متجه
ثم قال : ولو قال : من دطني عليّ مالي فله كذا لم فذله من المال في يده
لم يستحق الجعل ؛ لأن ذلك واجب عليه بالشرع ، فلا يستحق أخذ العوض
عليه أما لو كان في يد غيره عدله استحق لأن الغالب أن تلحقه مشقة في
البحث^(١) ، هذا كلامه وهو حسن .

قوله . (وكذا المتبرع ، سواء عرف برد الإباق أو لا)

وقال جماعة من الأصحاب بأن من رد العد أو البعير استحق من غير
شرط^(٢) ، وفي عبارة ابن حمزة : إذا لم يجعل وجرت في البلد عادة بشيء
استحق^(٣) ، والمشهور خلافه ، ورواية مسمع بذلك محمولة على
الاستحياب^(٤) .

قوله : (وسواء جعل المالك وقصد لعامل التبرع ، أو لم يجعل
وإن لم يقصد التبرع) .

(١) التذكرة ٢٨٧ .

(٢) منهم المعبد في المقعة ٩٩ ، والطوسي في النهاية ٣٢٣ ، وابن حمزة في الوصيلة ٣٢٣

(٣) الوصيلة ٣٢٣ .

(٤) التهذيب ٦ . ٣٩٨ حديث ١٢٠٣ .

ولو بذل جعلاً غير معين كقوله : من رد عبلي فله شيء لزمه أجره المثل ، إلا في رد الأبق أو البعير ففي رده من المصّر دينار ، ومن غير مصّره أربعة دنانير ، وإن نقصت قيمة العبد أو البعير فاشكال .

قد يقال : في العبارة مافشة ؛ لأن هذا الوصل لا يتضح اندراجهُ في قوله : (وكذا المتبرع) لأن المتبرع من التبرع قد يحالف من لم يقصد التبرع ، إلا أن يقال . من لم يقصد واحداً من الأمرين متبرع ، فيكون من جملة أفراد المتبرع .

قوله : (إلا في رد الأبق أو البعير ، ففي رده من المصّر دينار ، ومن غير مصّره أربعة دنانير) .

أما العبد فقد ورد حكمه في رواية مسمع ، وأما البعير فالحق به الأصحاب ، قال المفيد : بذلك ثبت السنة (١) . ولا يحصى أن المراد بالدينار المعروف شرعاً ، وهو ما قيمته عشرة دراهم .

قوله : (فإن نقصت قيمة العبد أو البعير فاشكال) .

يشأ . من عموم النص ، ومن أن الطاهر أن الشارع بنى على الغالب من زيادة القيمة على المقتّر ، فيحرج هذا الفرد من عموم النص ، ولظاهر قوله عليه السلام . « لا ضرر ولا ضرر » فتجب حينئذ أجره المثل ؛ لأنه عمل محترم له عوض ولم يعين .

لكن يشكل لو زادت أجرة المثل على المقتّر شرعاً ، فينبغي أن يكون محل التخصيص ما إذا زاد المقتّر عن أجرة المثل ، وإلا وجب المقتّر لانتفاء المنافي حينئذ .

(١) المقننة : ٩٩ .

(٢) الكافي : ٢٩٢ حديث ٢ ، المقية ٣ ٤٥ حديث ١٥٤ ، التهذيب ٧ . ١٦٤ حديث ٧٢٧ .

ولو استدعى الرد ولم يبدل أجره فالرد متبرع على اشكال اقربه ذلك
إن استدعى مجاناً .

ولو جعل الفعل للواجد فصدر عن الجماعة تشاركوا فيه ، ولو صدر
عن كل منهم فعل تام فلكل منهم جعل كامل .

ولو جعل لكل من الثلاثة على الرد جعلاً متماوياً فمن جاء به منهم
فله ما عينه له ، ولو جاء به اثنان فلكل نصف جعله ، ولو جاء به الثلاثة فلكل ثلث
جعله ، وكذا لو عين لأحدهم وجهل لغيره فللمعين بنسبة عمله من

قوله : (ولو استدعى الرد ولم يبدل أجره فبالرد متبرع على اشكال ،
اقربه ذلك إن استدعى مجاناً) .

لا ريب أن موضع الاشكال ما إذا استدعى الرد ولم يشترط أحرة ولا
عدمها ، فالاستدعاء مجاناً خارج عن محل النزاع ، إلا أن مفهوم الشرط يدل
على الاستحقاق في محل النزاع .

ومشأ الاشكال : من أصالة براءة الذمة ، ولم يحصل التزام للأجرة ، ولا
ما يدل عليه ، إذ طلب الرد أعم من كونه بأحرة ومجاناً . ومن أن العمل صدر
بالأذن ، والعرض أن لمثله أجره فتجب . ولا خفاء أن الدليل لا يهض على
الوجوب ، لأن نهايته أن يكون قد صرف مال نفسه في مصالح غيره بإذن الغير ،
وهذا لا يستوجب ضمان الغير .

ويقوى في النفس أنه إن دلت العادة على الأجرة في مثل هذا الفعل حمل
الاطلاق عليه ، وإلا فلا ، وقد سبق مثله في الضمان بالأذن مع عدم اشتراط
الرجوع .

قوله : (ولو جعل الفعل فصدر عن جماعة تشاركوا فيه)

إذا كانت الصيغة صالحة لهم .

المسمى ، وللآخر بنسبة عمله من أجره المثل .

ولو عيّن لواحد فتبرع آخر فللمعيّن النصف ولا شيء للمتبرع ، ولو قصد الثاني اعانة العامل فللعامل الجميع ، ولو قصد اجرة لنفسه فهو متبرع .

ولو جعل للرد من مسافة فرد من بعضها فله من الجعل بنسبة المسافة ، ولورد من أبعد لم يستحق أزيد بل المسمى إن دخل الأقل دون ضد الجهة على الأقوى ، ولو لم يجده في المعين فاشكال .

قوله : (ولو قصد نحره لنفسه فهو متبرع) .

لان عملہ صدر فیضان

قوله : (بل المسمى إن دخل الأهل) :

أي : إن دخل الأقل الذي هو المجمعول عليه في المأتي به ، لأنه قد أتى
بمتعلق الجمعل مع زيادة ، فلو قال : من رد عسدي من الحلة فله كذا ، فرده من
بغداد بحيث جعل الحلة طريقه منه الجمعل ، وإلا فلا ؛ لتكون المأتي به غير
مجمعول عليه .

قوله : (دون ضد الجهة على الأقوى) .

وجه القوة : إنه غير مآدون بالنسبة الى هذه الجهة ، فيكون متبرعاً ، ويحتمل ضعيفاً وحبوب أجرة المثل ؛ للأمر بالرد في الجملة . ويضعف بأن الأمر كذلك لا يقتضي كون الرد من صد الجهة مأذوناً فيه ، والأصح عدم الاستحقاق .

قوله : (ولو لم يجد في المعين فاشكال) .

ينشأ . من انتفاء المجهول عليه ، ومن الأمر بالرد في الجملة فيستحق
أجرة المثل ، وهو ضعيف ، والأصح أنه لا شيء له .

والقول قول المالك مع اليمين في شرط أصل الجعل - وشرطه في عبد معين وسعى العامل في الرد - بأن قال لمالك : حصل العبد في يدك قبل الجعل تمسكاً بالأصل .

قوله : (والقول قول المالك في شرط أصل الجعل) .

أي : القول قول المالك لو اختلفا في شرط أصل الجعل ، بأن طالب العامل المالك بالجعل فأنكر اشتراطه ؛ لأن لأصل العدم

قوله : (وشرطه في عبد معين)

أي : القول قول المالك لو اختلفا في شرط الجعل في العبد المملوك ، فأنكره المالك بعد اتفاههما على صدور الجعل ، للأصل أيضاً

قوله : (وسعى العامل في الرد بأن قال لمالك : حصل العبد في يدك قبل الجعل) .

ومثله قوله : حصل في يدك قبل علمك به ، ومثله قوله : حصل في يدك من غير سعي وإن كان بعد صدور الجعل ؛ لانتفاء حصول العمل حيثئذ وعلى ظاهر قوله : (وسعى العامل) لا حاجة إلى قوله : (قبل الجعل) لأنه إن كان له سعي فالمانع التبرع لا عدم السعي ، وإن لم يكن فلا فرق بين ما إذا كان قبل الجعل أو بعده .

وعلى ما احتاره في التذكرة من أنه إذا حصل في يده ، وكان لرده مؤنة ، وحصل الجعل فرده يستحق ، لا يكون الاختلاف هنا إلا في تقديم السعي على الجعل وتأخره^(١) ، وقد صبح في التذكرة كما صبح هنا ، فيكون كلامه معترضاً . ويقول (تمسكاً بالأصل) أشار إلى علة تقديم قول المالك بيمينه في ذلك كله .

ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه تحالفا وثبت أقل الأمرين من الأجرة والمدعى ، إلا أن يزيد ما ادعاه المالك على أجرة المثل فتثبت

قوله : (ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه تحالفا) .

لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فلا ترجيح لأحدهما ، فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر .

قوله : (وثبت أقل الأمرين من الأجرة والمدعى) .

أي - مدعى العامل دون المالك ، لأن الأجرة إن كانت أقل فظاهر ، لانتفاء ما يدعيه العامل بيمين المالك ، وإن كان ما يدعيه العامل أقل ، فلا به بدعواه الأقل منكر لاستحقاق الرياسة ، ومعترف ببراءة ذمة المالك منها فيؤاخذ باقراره .

قوله : (إلا أن يزيد ما ادعاه المالك على أجرة المثل فتثبت الزيادة) .

لاعترافه باستحقاق العامل رباها ، والعامل لا ينكر ذلك .

قيل لا فائدة للتحالف ، بل يدفع الى العامل ما يدعيه المالك من أول الأمر في صورة ما اذا كانت أجرة المثل اقل مما ادعاه المالك .

قلنا : بل فائدته أنه قبل التحالف لو دفع اليه ذلك لم يكن على طريق المؤاخذه بظاهر الاقرار فقط ، فإن المالك يدعي أن هذا المقدار هو المستحق بالتسمية ، وبعد التحالف يتمحض الرائد لكونه مستحقاً بمجرد الاقرار والمؤاخذه به .

وينبغي أن يقال بالتحالف فيما عدا هذه الصورة ، وصورة استواء أجرة المثل وما يدعيه المالك ، لأن هذا القدر مستحق على كل تقدير ، سواء حلف العامل أم لا ، فيؤخذ فيه باقرار المالك مع يمينه لنفي الزائد ، هذا اذا كان صورة الاختلاف بينهما : جعلت لي كذا ، فقال : بل كذا .

الزيادة . ويحتمل تقديم قول المالك كالأصل .

أما إذا كان صورة الاختلاف بينهما : استحق عليك كذا بسبب الفعل الملائي ، فقال المالك : بل كذا فإنه يحلف لبني الزائد ، ولا يمين من طرف العامل .

قوله : (ويحتمل تقديم قول المالك كالأصل) .

أي : كما تقدم قول المالك في شرط أصل الجمالة ، أي : فإنه كما يكون القول قول المالك في أي لم اجعل شيئاً أصلاً ، لأنه منكر ، كذلك القول قوله في أنه لم يجعل الشيء الزائد . ويمكن بمرق بأنهم إذا لم يحصل الاعتراف بجعل شيء فالأصل براءة ذمة المالك من عوى عمل العامل ، فالعامل مدع محضاً والمالك منكر محضاً .

أما مع الاعتراف بصدور جعل فإن عمل العامل ليس مجاباً ، والمالك يدعي أنه استحقه بتسمية القليل ، والعامل ينكر ذلك ويدعي أنه استحق عوضاً بتسمية الكثير فلا جرم وجب التحالف ، إذ لا يلزم من نفي استحقاق المسمى الذي ادعاه العامل بالتسمية استحقاق ما يدعيه المالك فقط بالتسمية ، وإنما يتجه ذلك إذا كان الاختلاف في استحقاق زائد وعدمه ، من غير تعرض للتسمية كما قدمناه ، وهذا هو التحقيق .

فإن قيل : إذا حلف العامل ببني ما يدعيه المالك فلا فائدة ليمين المالك ، لأن اللازم بعد اليمين أقل الأمرين من الأجرة وما ادعاه العامل ، فيدفع إليه من أول الأمر ، فلا يكون موقوفاً على يمين المالك .

قلنا : ليس كذلك ، لأن أقل الأمرين إنما يشت بعد انتهاء دعوى العامل ، ولا ينتفي إلا بيمين المالك ، على أن المالك غير مفر باستحقاق أجرة المثل الزائدة على العشر ليؤخذ باقراره ، مع أنه ربما أقر إذا عرض عليه اليمين ، أو ردها على العامل فحلف على ما يدعيه فلها فرائد ، بخلاف ما إذا كانت أجرة

ولو قال : جعلت الرد من بغداد ، فقال العامل : بل من البصرة قدم قول المالك .

ولو قال : من رد عدي فله دينر فرد أحدهما استحق نصف الجعل إن تساوى الفعلان .

المثل بقدر ما يدعيه العامل أو انقص .

قوله : (ولو قال : جعلت للرد من بغداد فقال العامل : بل من البصرة قدم قول المالك)

لأن الأصل عدم ما يدعيه العامل والأصل براءة الدمة من وجوب الجعل .

قوله : (ولو قال : من رد عدي فله دينار ، فرد أحدهما استحق نصف الجعل إن تساوى الفعلان)

والا بالنسبة لأن أجزاء الجعل تقاس بها أجزاء العمل ، واعلم أن يد العامل على ما يحصل في يده إلى أن يرد يد أمانة ، قال في التذكرة : لم أقف على شيء ، لكن السطر يقتضي ذلك^(١) ، وفي الدروس قال : إن حبر السكوني^(٢) وخبر غياث^(٣) يدلان عليه^(٤)

فروع :

أ . إذا رد الأبق لم يكن له حسمه لى استحقاق الجعل ؛ لأن الاستحقاق بالتسلم ولا حسم قبل الاستحقاق .

ب : لو قال : إن علّمت ولدي القرآن ، أو علّمتي فلك كذا ، فعلمه

(١) التذكرة : ٢٨٩

(٢) الكافي ٦ : ٢٠١ حديث ٨٨ ، الفقيه ٣ : ٨٧ حديث ٣٢٥ ، التهذيب ٨ : ٢٤٧ حديث ٨٩١ .

(٣) الكافي ٦ : ٢٠٠ حديث ٥ ، الفقيه ٣ : ٨٨ حديث ٣٢٧ .

(٤) الدروس : ٣٠٦

ولو مات الجاعل بعد الرد أخذ العمل من التركة ، ولو مات قبله فإن لم يكن العامل قد عمل بطلت ، وكذا إن كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله .

البعض وامتنع من تعليم الباقي قال في التذكرة : فلا شيء له على اشكال . قال . وكذا لو كان الصبي بليداً لا يتعلم على اشكال ، كما لو طلب المد فلم يجده

قال . أما لو مات الصبي في أثناء التعليم فإنه يستحق أجره ما علمه ؛ لوقوعه مسلماً بالتعلم ، بخلاف رد الأبق فإن تسليم العمل يتسليمه للأبق ، وهنا ليس عليه تسليم الصبي ، ولا هو في أهله ، ولو سقط أجره فللمعلم أجره المثل لما علمه .

قال ولو قال . إن حطت لي هذا القميص فلت درهم فحاط بعضه ، فإن تلف في يد الحياط لم يستحق شيئاً ، وإن تلف في يد رب الثوب بعدما سلمه إليه استحق من الأجرة بنسبة ما عمل^(١) ، وفي الفرق بين هذه المسألة ومسألة التعليم نظر .

ج . مؤنة الدابة ، والعبد ، وما يلزم القماش ، ونحوه مما هو كالتنفقة مثل الطعام التي إن لم يبذلها ذهب المال ، أو بعضه الذي هو أزيد من المطلوب على المالك ؛ لأنه ملكه ويد العامل كيد الوكيل

• • •

كتاب الغضب وتوابعه

وفيه مقاصد :

الأول: في الغضب : وفيه مطلقان :

الأول: في الضمان : وأركانه ثلاثة :

الأول: الموجب : وهو ثلاثة :

الأول: الضحية بالمباشرة: وهي إيجاد علة التلف كالقتل ،
والأكل ، والإحراق .

الثاني: التيسير: وهو إيجاد ما يحصل التلف عنده، لكن بعلة أخرى إذا كان السبب. مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر، وفاتح رأس الظرف، والمكره على الإتلاف.

قوله : (كتاب الغصب وتوابعه ، وفيه مقاصد .

الأول: الغصب وفيه مطلبان : الأول : في الضمان وأركانه ثلاثة :

الأول : الموجب وهو ثلاثة :

الأول : التوقيف بالمباشرة : وهي إيجاد علة التلف كالقتل ، والأكل ، والاحراق .

المراد : الذي هو اعم من العصب فيوجد بلونه ، فإن الائتلاف بالمباشرة كالرمي بسهم موجب للضمان ولا يعد غصباً .

قوله : (الثاني : التشبيب : وهو ايجاد ما يحصل التلف عنده ، لكن بعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر ، وفاتح رأس الظرف ، والمكره على الاتلاف) .

نُحَرِّفُ فِي الدَّرُوسِ السَّبَبَ : بِأَنَّهُ فِعْلٌ مَبْرُومٌ الْعِلَّةُ^(١) ، وَقَرِيبٌ مِنْهُ مَا ذَكَرَهُ الشَّرْحُ الْفَاضِلُ^(٢) ، وَالْمَعْنَى قَرِيبٌ .

وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ : (إِذَا كَانَ السَّبَبُ مِمَّا يَقْصَدُ لَتَوَقُّعِ تِلْكَ الْعِلَّةِ) عَيْرٌ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ بَلْ هُوَ مُضَرٌّ ، إِذْ حُضِرَ الْبَثْرُ قَدْ لَا يَقْصَدُ الْحَافِرُ بِهِ تَوَقُّعَ الْعِلَّةِ الْمَوْجِبَةِ لِلتَّلَفِ ، وَلَا قَصْدَهَا أَكْثَرِيٍّ مَعَ الضَّمَانِ بِهِ قَصْعاً لِلَّيَّةِ ، وَكَأَنَّهُ ارَادَ الْإِحْتِرَازَ عَمَّا إِذَا كَانَ حَدُوثُ الْمُقْتَضِيِّ لِلتَّلَفِ عَلَى تَفْسِيرِ ذَلِكَ الْفِعْلِ نَادِراً ، فَإِنَّهُ لَا يَعْدُ سَبَباً .

وَلَعَلَّهُ ارَادَ : يَقْصَدُهُ كَوْنُهُ شَأْنَهُ ذَلِكَ فَكَلِمَةُ الْأَوَّلَى أَنْ يَقُولَ . وَهُوَ إِيجَادُ مَا يَحْصُلُ التَّلَفُ عِنْدَهُ لَكِنْ بَعْلَةٌ أُخْرَى ، إِذَا كَانَ السَّبَبُ مِمَّا يَتَوَقَّعُ مَعَهُ عِلَّةُ التَّلَفِ ، بِأَنْ يَكُونَ وَحُودَهَا مَعَهُ كَثِيراً .

وَأَعْلَمُ أَنَّ شَيْخَنَا الشَّهِيدَ فِي شَرْحِ الْإِرْشَادِ فَسَّرَ السَّبَبَ بِتَفْسِيرَيْنِ :

الْأَوَّلُ : إِيجَادُ مَبْرُومِ الْعِلَّةِ قَاصِداً لَتَوَقُّعِ تِلْكَ الْعِلَّةِ

الثَّانِي : أَنَّهُ فِعْلٌ مَا يَحْصُلُ عِنْدَهُ التَّلَفُ لَكِنْ بَعْلَةٌ أُخْرَى ، وَهُوَ أَعَمُّ مِنَ الْأَوَّلِ ؛ لِإِمْكَانِ سَبَبِ آخَرَ يَدُلُّ مِنْهُ .

هَذَا مُحْصَلُ مَا ذَكَرَهُ ، وَفِي الْأَوَّلِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصْدُقُ فِي الْغَاصِبِ إِذَا قَدَّمَ طَعَامَ الْغَيْرِ إِلَى أَكْلِ مِيعَاتِهِ لَهُ ، لِأَنَّهُ قَاصِدٌ حَيْثُودَ التَّقْلِيمِ الْأَكْلَ .

وَلَا رَيْبَ أَنَّ حَصْرَ الْبَثْرِ سَبَبٌ ، وَطَرَحَ مَا يَتَعَثَّرُ بِهِ سَبَبٌ بَغِيرَ حِلَافٍ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَرَادَ الْجَمَاعَةِ كَوْنُ قَصْدِ تَوَقُّعِ الْعِلَّةِ بِاعْتِبَارِ الشَّأْنِ ، فَيَكُونُ تَقْدِيرُهُ هَكَذَا السَّبَبُ : إِيجَادُ مَبْرُومِ الْعِلَّةِ الَّذِي شَأْنُهُ أَنْ يَقْصَدَ مَعَهُ تَوَقُّعَ تِلْكَ الْعِلَّةِ .

(١) الدروس: ٣٠٧ .

(٢) إيضاح الفوائد: ١٦٦ .

الثالث: اثبات اليد : اذا كان يغير حق فهو غصب ، وهو الاستقلال
بأثبات اليد على مال الغير عدواناً .

ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده ، والمودع اذا
جحده أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود أو العزم غاصب .

قوله : (الثالث : اثبات اليد . اذا كان يغير حق فهو غصب ، وهو
الاستقلال بأثبات اليد على مال الغير عدواناً) .

في التحرير : الغصب : هو الاستيلاء على مال الغير بغير حق^(١) ،
والاستيلاء احسن من الاستقلال ، لأنه اشمل . وقال في التذكرة : إنه لا حاجة
الى التقييد بالعدوان ، بل يثبت الغصب وبحكمه من غير عدوان ، كما لو اودع
ثوباً عند اسان ثم جاء وأخذ ثوباً للمستودع على ظن أنه ثوبه ، أو لبسه
المستودع على ظن أنه ثوبه^(٢) .

فيظهر منه أن بين العدوان وما ليس بحق فرق ، وليس بواضح ؛ لأن كل
من لا حق له في اثبات اليد على الشيء عاجز ، سواء ظن خلاف ذلك أم لا ،
وعلى كل حال فلا مشاحة في التسمية ، فإن كان معنى العدوان فعل ما يعلم
كونه ظلماً فلا حاجة الى التقييد به ، كما قال في التذكرة ، فيكون تعريف
التحرير أولى .

قوله : (ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده) .

وما سيأتي من تضمين المانع للمالك عن حراسة ماله ليس للغصب ،
بل للتسبب الى التلف .

قوله : (والمودع اذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود
أو العزم غاصب) .

(١) التحرير ٢ : ١٣٧

(٢) التذكرة ٢ : ٣٧٣

أما إذا جحد فواضح ، وأما إذا عرم على المحجود فيقال فيه إنه قد سبق أن المستودع لا يضمن بمجرد قصد الخيانة ، لم يحسن ، بخلاف الملتقط . وهذا مخالف له . وقد اجاب عن ذلك شيخ الشهيد في بعض حواشيه بعد تمهيد مقدمة هي إنه إذا وجد للمحتج حكمان مختلفان في مسألة فلتوحيه كلامه طريقان :

أحدهما : تقرير النصين مهما أمكن

والآخر : تحصيل القولين ، أي إثبات خلاف له في المسألة ، والعدول الى الثانية مشروط بتعذر الأولى

إذا تقرر هذا ، فتقرير النصين هنا ، بأن يفرق ما ذكر سابقاً وما هنا ، بأن المذكور سابقاً هو عدم كون المستودع عالماً وصاحباً بمجرد قصد الخيانة ، والمذكور هنا هو كونه بمجرد قصد المصع للمالك بصير عاصياً وصاحباً ، ولا بعد في ذلك ؛ لأنه بقصد الخيانة لم يخرج يده عن كونها يد نيابة للمالك في الحفظ ، إذ الفرض انه لم يقصد كون المال له ، فهو مع هذا القصد قائم بما استأنه المالك فيه مثبت يده بأذنه فم يحصل تعدد

ومجرد النية لا يوجب حصول التعدي ، بخلاف ما إذا قصد مع المالك من العين ، فإن يده حيثئذ لنفسه ، فلا يكون نائباً للمالك ، فلا يكون اثبات يده حيثئذ هو المأذون فيه من المالك ، فيكون نائباً بغير حق ، فيصدق عليه تعريف الغاصب وهذا فرق حسن جلي ، ولو أن هذا الفرق لم يتم لقلنا إن للمصنف في المسألة قولين ، فيكون هذا رجوعاً عما سبق .

ويطرد هذا في الأمانات ، حتى يقال . إن الثوب الذي أطارته الريح الى دار العير مثل اللقطة في ضمانه بمجرد قصد الخيانة ، ومال الإجارة بمنزلة الوديعة لا يضمن بقصد الخيانة ويضمن بالاحمود ، وقصد مع المالك ونحو ذلك من الأمانات .

ويتحقق اثبات اليد في المنقول بالنقل ، إلا في الدابة فيكفي الركوب ، والفراش الجلوس عليه ، وفي العقار بالدخول وازعاج المالك ، فإن ازعج ولم يدخل ، أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن ، فإن قصد فهو غاصب للنصف .

قوله : (ويتحقق اثبات اليد في المنقول بالنقل ، إلا في الدابة فيكفي الركوب ، والفراش الجلوس عليه) .

فيه مناقشتان : أحدهما : إن الاستثناء لا يستقيم إلا إذا كان المراد أن اثبات اليد في المنقول لا يثبت إلا باليد ، ولا دلالة للمعبارة على ذلك إلا باعتبار عدم صحة الاستثناء .

الثانية : إنه قد وقع فيه قوله : (والفراش الجلوس عليه) العطف على معمولي عاملين بأداة واحدة ، وهو ضعيف عند أهل العربية .

واعلم أن اثبات اليد في المنقولات إما يتحقق بالنقل ، إلا في الدابة فإن ركوبها اثبات اليد عليها ، والفراش فإن الجلوس عليه كاف في ذلك أيضاً .

قال في التذكرة : وهل يتحقق باثبات اليد من غير نقل ؟ الأقرب عندي ذلك ، فلو ركب دابة الغير وهي وقفة ولم تنتقل عن مكانها ، أو جلس على فراشه ولم ينقله فالوجه تحقق الغصب ، لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء^(١) . وكلامه لا يقتضي الحصر في الدابة والفراش ، ولا يبعد الاستيلاء في كل شيء بحسه عرفاً ، كالدخول إلى خيمته ، أو خبائه ، ونحو ذلك .

قوله : (وفي العقار بالدخول وازعاج المالك ، فإن ازعج ولم يدخل ، أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن ، وإن قصد فهو غاصب للنصف) .

لا ريب في أن غصب العقار متصور في نظر الشرع؛ لأن إثبات اليد عليه ممكن، ثم انه لا يحلوا. إما أن يكون مثلث العقار فيه أو لا، فإن كان فيه ودخل آخر عليه بنية^(١) السكني وأزعجه فهو عاصب لا محالة؛ لوجود الاستيلاء حقيقة، ولا أثر لقصد السكني حينئذ وعدمه.

ولو مع المالك من موضع يعيه فهو عاصب لذلك خاصة، فيعتبر لتحقيق العصب أمران: الدخول، وأزعاج المالك، فلا يكفي أحدهما فقط، لكن قول المصنف: (لا بقصد الاستيلاء) لا يحلوا من شيء، لأنه لا أثر لعدم قصد الاستيلاء مع حصول الاستيلاء حقيقة، كما نص عليه في التذكرة^(٢).

ويسفي أن يقال: إن المراحم للمالك في العقار إما أن يدخل عليه مستولياً، أو لا، وعلى كل من التقديرين: إما أن يزوجه، أو لا، وعلى كل تقدير. إما أن يكون الغير قوياً والمالك ضعيفاً، أو بالعكس، أو يكونان قوين، فهذه عدة صور: (٣)

أن يدخل على المالك مستولياً ويزعجه، أو لا يزوجه، ولكل منهما قوة فيضمن النصف؛ لأن الأرعاج للمالك عبر معتبر في الغصب للعقار، كما ذكره في التذكرة. ولا يعتبر قصد الاستيلاء إذ تحقق الاستيلاء، وإنما اعتبره هنا وفي التحرير^(٤) لحصول اليد والاستيلاء حقيقة، فهذه صورتان.

ولو دخل الضعيف على القوي بقصد لاستيلاء فليس بناصب، إذ لا أثر

(١) في م: هيئة

(٢) التذكرة ٢: ٣٧٧

(٣) في م: أ: دخل وأزعج وهو قوي ب: لم يدخل بعاله ج: وهما قويان. د: لم يدخل بعاله هـ: بعاله وهو ضعيف خاصة. و: بعاله ولم يدخل ز: أزعج ولم يدخل. قوله: أن يدخل على المالك...

(٤) التذكرة ٢: ٣٧٧

(٥) تحرير الأحكام ٢: ١٢٧

لقصد شيء لا يتمكن من تحقيقه، ولو دخل القوي على الضعيف مستولياً بحيث اضمحلت يده فالمتجه كونه غاصاً للجميع ولا فرق في هذين الموضعين بين الارعاج وعدمه ، فهذه أربع أخرى .

ولو ارعج القوي مثله ولم يدخل ، أو القوي للضعيف كذلك ففي تحقق العصب اشكال ، يشأ من أن نفس العقار يكفي فيه التمكن من التصرف ، والتحلية ، وتسليم المفتاح كما سبق في البيع ، وبذلك يدخل تحت يد المشتري وفي صمائه ، فيجب أن يكون هذا القدر كافياً في صدق العصب .
ومن أن العرف قاصر بأن لعصب أيضاً يتحقق بالدخول ؛ لأن الاستيلاء به يحصل الارعاج وبحوزة ذلك .

قال في التذكرة - وهنا وفي التحريم حرم بأشراط الدخول^(١) - والمسألة موضع تردد^(٢) ولا يتصور ارعاج الضعيف القوي ولا أثر لانتفاء الدخول والارعاج إلا إذا كان المالك غائباً فاسكن غيره مع جهل الغير ، فإن في الدروس . إن الأمر غاصب ؛ لأن يد المأمور كيد ، والساكن ليس بغاصب وإن ضمن المنفعة^(٣)

ويشكل بما لو انهدمت الدار وهو فيها مثلاً ، فإن عدم التصميم مع اثبات اليد يعير حق وإن كان مغروراً بعيد ، فإن قال بثبوته ولم يسمه عاصباً فلا مشاحة في التسمية ، ولو دخل العقار ليطر هل يصلح له ، أو ليتخذ مثله لا على قصد الاستيلاء ، قال في التذكرة . لم يكن غاصباً^(٤) ، لكن لو انهدمت في تلك الحالة ففي الصمان اشكال يشأ . من أنه قد حصل التلف في يده كما لو أخذ

(١) تحرير الأحكام ٢ - ١٣٧

(٢) التذكرة ٢ - ٣٧٧

(٣) الدروس ٣٠٧

(٤) التذكرة ٢ - ٣٧٧

ولو دخل الضعيف على القوي في دره وقصد الاستيلاء لم يضمن ،
ويضمن لو كان القوي نائماً والحوالة على مباشر لو جامع السبب ، إلا مع
ضعفه بالتغريز كمن قدم طعام غيره الى اكل جاهل فالضمان يستقر على
الامر .

ولو دفع غيره في ثر حفرها ثالث فالضمان على الدافع .

ولو فتح رأس زق فقلبت الریح لحادثة وسقط ، أو ذاب بالشمس
ففي الضمان اشكال ينشأ : من ضعف مباشر ، ومن أنه لا يقصد بفتح
الزق تحصيل الهبوب .

منقولاً من بين يدي مالكه ليطر فيه هل يصح له قتلها فإنه يصمه ، ومن لفرق
بيهما بأن اليد على العقار حكومية لا حقيقية كاليد على المقول ، فلا بد في
ثبوت اليد على العقار من أمر آخر وهو قصد الاستيلاء .

قوله : (ويضمن لو كان القوي نائماً) .

لحصول الاستيلاء حقيقة

قوله : (إلا مع ضعفه بالتغريز) .

لا وجه لهذا القيد ؛ لأن اسباب الضعف لا تنحصر في التغريز ، فإن عدم
صلاحية المباشر لسبب الفعل اليه موجب لضعفه ، كما في الريح والشمس
والبار .

قوله : (ولو دفع غيره في ثر حفرها ثالث فالضمان على الدافع) .

لأنه المباشر ، لأن ذلك الفعل يتولد عنه التلف .

قوله . (ولو فتح رأس زق فقلبت الریح الحادثة وسقط ، أو ذاب
بالشمس ففي الضمان اشكال ينشأ من ضعف المباشر ، ومن أنه لا
يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب) .

ولو فك قيد الدابة فشردت ، أو عن المجنون فأبق ، أو فتح قفصاً عن طائر فطار في الحال أو بعد مكث ، أو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه ولا يحبس إلا الوكاء ، أو فتح رأسه فتقاطرت قطرات وابتل أسفله وسقط ، أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على اشكال ، أو استوفى منفعة الإجارة الفاسدة ، أو ألقى صيياً في مسبعة أو حيواناً يضعف عن الفرار فقتله السبع ضمن .

أي : أو داب بالشمس فسقط ، ولا يحق أن ضعف المباشر ثابت ، فإن الريح والشمس لا يحال عليهما بترتب عليهما من التلف ، فيجب الرجوع على السبب فهو هنا بمنزلة المباشر .

وجه الثاني : إن فتح الزرق لا يعد سبباً فإنه لا يقصد به توقع الهبوب ، فلا يترتب على فاعله كميته .

ومثله إداة الشمس ، ولا يحق ضعف ذلك ؛ لأنه إذا فتح رأس الرق كان وجود المسقط له كثير الحصول ، من ربح فإن وجودها كثير ، وحيوان لا يعقل ، ووجود الشمس على الدوام موجب لتوقع الإداة . ومعلوم أنه في هذين الموضعين لا يعد غاصباً لما في الطرف ؛ لعدم الاستيلاء والنقل له .

واعلم أن عبارة المصنف لا تخلو من شيء ، فإنه لا يقصد بالسبب إلا حصول العلة له أصلاً ، فكيف يستقيم قوله : (ومن أنه لا يقصد بفتح الرق تحصيل الهبوب) فهو قال ببدله ومن أنه لا يقصد بفتح الرق توقع الهبوب لكان أولى .

قوله : (ولو فك قيد الدابة فشردت ، أو عن المجنون فأبق ، أو فتح قفصاً عن طائر فطار في الحال أو بعد مكث ، أو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه ولا يحبس إلا الوكاء ، أو فتح رأسه فتقاطرت وابتل أسفله وسقط ، أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على اشكال ، أو استوفى منفعة الإجارة الفاسدة ، أو ألقى صيياً في مسبعة أو حيواناً يضعف عن الفرار فقتله السبع

ضمن) .

هذه الصور كلها من قبيل ما يتعلق لضمان فيها بالسبب لضعف (المباشر) ، فإذا فك قيد الدابة فشرودها متوقع والمباشر ضعيف . وكذا لو فك القيد عن العبد المجنون ، ومثله من لا يميز ولو كان عاقلاً فلا ضمان ، إذ لا يتوقع منه المرور حيث لا إذا كان أبياً ففي ضمان اشكال : من حيث أن فعله يسند إليه ؛ لأنه عاقل فالحوالة عليه ، لأنه المباشر بخلاف المجنون ، ومن حيث أنه بهذه العادة قد أشبه الدابة ونحوها مما يوقع نفسه في التلف ، ولأن المالك قد اعتمد ضبطه بذلك فاطلاقاً ^(١) اتلافه وهو محل تأمل وإن كان الوجه الأول لا يحلو من وجهة .

ولو فتح القفص عن الطائر فطار ضمن سواء صاح أم لا ، ولا فرق بين طيرانه في الحال أو بعد مكث ؛ لاستناد الفعل إلى السبب إذ طيران الطائر بعد فتح القفص مما يتوقع .

وكذا سقوط الظرف بابتلال أسفله للمسبب عند تقاطر قطرات مائه ؛ لأن ذلك كله مسند إليه ، إذ توقعه مقصود بفعل السبب وهو إزالة الوكاء ، وهذا إذا كان مائعاً أو كان ذوبانه متوقعاً ، بخلاف الحامد في زمان الشتاء الشديد فإنه محل تأمل .

والمقبوض بالبيع الفاسد مضمون وإن لم يكن مقصوداً ، وكذا المقبوض بالسوم على اشكال ينشأ : من أنه يردن المالك والأصل الرأفة ، ومن أن الاذن لا يقتضي الأمانة مع عموم قوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ^(٢) وقد قبضه لمصلحة نفسه ، والمصلحة المستوفاة بالإجارة الفاسدة مضمونة بأجرة المثل .

(١) في أم : اتلاف .

(٢) مشترك الوسائل ٣ : ١٤٥ ، مس البيهقي ٦ : ٩٥ ، مستد لحاكم ٢ : ٤٧ .

ولو فتح باباً على مال مسروق ، أو دل سارقاً أو أزال قيداً عن عبد عاقل فأبق لم يضمن .

وهل العين مضمونة بالاستبداء؟ يلوح من كلامهم العدم ، والذي يساق إليه النظر كونها مضمونة ؛ لأن التصرف في العين غير جائز فهو غير حق ، فيكون في حال التصرف استيلاءه عليها غير حق وذلك معنى الغصب ، إلا أن كون الاجارة العائدة لا تضمن بها كما لا تضمن بالصحيحة ماف لذلك .

فيقال : انه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً ، والأصل براءة الدية من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونة إنما يضمن المنفعة خاصة ولولا ذلك لكان المُرْتَهَن ضامناً مع فساد الرهن ؛ لأن استيلاءه بعير حق ، وهو باطل .

وكذا يضمن لو ألقى شيئاً في مسعة ، أو حيواناً يصعب عن الفرار كشاة ونحوها فقتله السبع ؛ لأن تعريف لسب صادق عليه ، إذ قد أوجد ملزوم عدة التلف الذي شأنه أن يقصد معه توقع تلك العدة ؛ لأن وجوده معه كثير .

قوله : (ولو فتح باباً على مال مسروق ، أو دل سارقاً ، أو أزال قيداً عن عبد عاقل لم يضمن) .

قد وقع للمصنف في الارشاد أن حكم بالضمان بدلالة السراق ، وهذا لا يطبق على أصول مدهنا من أن المداشر مقدم على السبب في الضمان حيث لا يكون ضعيفاً ، وربما حمل على كون الدال مستأماً على ذلك المال فإنه يضمن بذلك .

لكن قال شيخنا في شرح الارشاد ونعم ما قال : إن هذا الحمل تعسف ؛ لأنه قد ذكر في التحرير اشكالاً في المسألة^(١) ، وعلى هذا الحمل فلا وجه

ولو حفر بئراً في غير ملكه ، أو طرح المعائر في المسالك ، أو
أتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة وإن لم يكن هناك عصب ضمن .

للاشكال المذكور ، والأصح خلاف ذلك ، وعلى ما يظهر من شرح الارشاد
فالمصنف خالف بذلك جميع الأصحاب .

وأما زالة القيد عن العدد العاقل فقد عرفت التردد في الأبق ، فيستثنى من
هذا الإطلاق .

قوله : (ولو حفر بئراً في غير ملكه ، أو طرح المعائر في
المسالك ، أو أتلف منفعة كسكنى الدار ، وركوب الدابة وإن لم يكن
هناك عصب ضمن) .

لا ريب أنه يحرم الشيء غير ملكه ، بل في ملك الغير ، أو في نحو
الطريق يضمن ما يتلف فيها وكذا لو طرح المعائر ، وهي بفتح الميم والثاء
المثلثة جمع معثرة كمكاس ومعلق كذا قرأه .

ولو أتلف منفعة كسكنى الدار ، وركوب دابة ضمن ما أتلفه قطعاً ، لكن
قوله : (وإن لم يكن هناك عصب) يستقيم إذ لم يستول على الدار والدابة ،
أو لم يكونا لمالك المنفعة

فأما الأول فيتصور إذا دخل الضعيف على القوي في داره ، فإن العصب
غير متحقق ، لانتهاء الاستيلاء مع كونه صاحب يد فيضمن المنفعة قطعاً ،
ويمكن ضمان العين أيضاً ، وللد وكذا لو ركب الضعيف مع القوي دابته

والذي يظهر من عباراتهم أن ضمان العين تابع لتحقيق العصب ، ويتصور
ضمان المنفعة بعصب المالك داره أو دابته من مستأجرها مع انتهاء مسمى
العصب^(١) .

(١) قوله : مع انتهاء العاصب

ولو أرسل ماءً في ملكه فأغرق مال غيره ، أو أجاج ناراً فأحرق لم يضمن ، ما لم يتجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه أو غلبة ظنه بالتعدي إلى الإضرار فيضمن .

ولو غصب شاة فمات ولدها جوعاً ، أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها ، أو غصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر .

قوله : (ولو أرسل ماءً في ملكه فأغرق مال غيره ، أو أجاج ناراً فأحرق لم يضمن ، ما لم يتجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه ، أو غلبة ظنه بالتعدي إلى الإضرار فيضمن)

لما كان الناس مسطرين على أموالهم كان للمالك الانتفاع بملكه كيف شاء ، فإن دعت الحاجة إلى إرسال ماء ، أو إضرام نار في ملكه جاز فعله وإن علب على الظن التعدي إلى الإضرار بالمعير .

نعم مع غلبة الظن بالتعدي إن تجاوز قدر الحاجة ضمن ؛ لأنه سبب في التلف لصدق تعريفه عليه إذ المباشر ضعيف ، فحيث إن يتحقق الضمان بالشرطين لا بأحدهما .

قوله : (ولو غصب شاة فمات ولدها جوعاً ، أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها ، أو غصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر) .

يشأ : من عدم إثبات اليد على شيء من ذلك وانتفاء مباشرة الاتلاف ، ومن أنه سبب . والأولى أن يقال : منشأ النظر الشك في كونه سبباً في التلف وعلمه ، لانتفاء المباشرة للاتلاف ولغصب .

والتحقيق أن يقال : إن قصد توقع العلة في التلف بغصب الشاة ، والدابة ، وحبس المالك عن حراسة الماشية بحيث يكون التلف متوقعاً فالضمان ثابت ، ومعه فالضمان لازم لضعف المباشرة .

ولو منع غيره من امساك دابته المرسنة تلفت ، أو من القعود على بساطه ، أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلفت عينه لم يضمن .

ومثله ما لو منع المالك من امساك دابته المرسنة حيث يتوقع تلفها مع بقاءها مرسلة ، ويختلف الأمر في ذلك باختلاف الأحوال ، وربما كان بقاء الدابة مرسلة أياماً وأشهرًا معتاداً ، لا يتوقع معه التلف فلا ضمان لو حبس المالك فاتفق على سبيل الندرة التلف .

وقد توقف المصنف في التذكرة في التصمين بهذا^(١) ، وفي التحرير افتى بالعدم^(٢) ، وربما أمكن أن يستعاد هذا الشرط لدى ذكرناه من الوصف بكونها مرسلة ؛ لأنه لو لم يكن له دخل في توقع التلف الحصص لم يكن لذكره فائدة أصلاً بل كان لغواً .

ومثله ما لو منع المالك من القعود على بساطه ، وكان تلفه حينئذ بسبب آخر متوقفاً فيكون محتملاً في الكتاب غير مرصعي أما لو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية ، مع بقاء العين وصفتها لم يضمن قطعاً لأن العائد ليس مالاً بل الفائت اكتساب مال .

ولو منعه من بيعه فاتفق تلفه فلا ضمان ؛ لعدم تحقق معنى السببية في التلف بالمنع من البيع ، إذ ليس مما يقصد ببيع توقع حدوث علة التلف ولو كان الحيوان مشرفاً على الموت فصحه من بيعه ليدكيه المشتري ، أو منعه من تذكيتة فهنا يحتمل الضمان احتمالاً لا يخلو من وجه ؛ لوجود معنى السببية ، ولم أجد بذلك تصريحاً وإلى هذه المسائل أشار بقوله : (ولو منع غيره من امساك دابته ...) .

(١) التذكرة ٢ : ٣٧٦ .

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ١٣٧ .

ولو مَدَّ بمَقْوود دَابَّةً فَقَادَهَا ضَمِنَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَالِكُ رَاكِباً قَادِراً .
ويضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفاسد والسوم ، والحر لا يضمن بالغصب وإن كان صغيراً .

قوله : (ولو مَدَّ بمَقْوود دَابَّةً فَقَادَهَا ضَمِنَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَالِكُ رَاكِباً قَادِراً) .

أي : قادراً على دفعه ، لاستثناء الاستيلاء الذي هو مسمى الغصب ، ولو اتفق تلفها بذلك ضمنها كما نص عليه في تحرير^(١) ، لأنه جان عليها . ولو لم تلف فهل يضمن متعنتها إذا مَدَّ بمَقْوودها والمالك القادر على دفعه راكب؟ يحتمل ذلك ، لأن مافع غير الحر تضمن بالصوات وقد باشر فواتها

فرع : لو ساق الدابة قَدَّمَهُ بِحَيْثُ صَارَ مُتَوَلِّياً عَلَيْهَا لَكُرْبِهَا تَحْتَ يَدِهِ وَلَا جَمَاحَ لَهَا فَهُوَ غَاصِبٌ ، كَمَا تَحَقَّقَ مَعْنَى الْغَصْبِ ، وَلَوْ كَانَ لَهَا جَمَاحٌ فَتَرَدَّتْ بِسَوْقِهِ فِي بَرٍّ ضَمِنَ بِالسِّيَةِ

لو جلس على حشة العير ، أو ححر له من غير أن يتلمه فهل هو كركوب الدابة ، والحلوس على فراشه من غير أن ينقل واحد منهما؟ فيه نظر ، أم السرير فالحاقه بالفراش قوي .

قوله : (ويضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفاسد) .

أما حمل الغصب فإنه مضمون كالأصل ، وأما حمل المبيع فإنه ليس مبيعاً ، إذ لا يدرج الحمل في بيع الأم ، فيكون أمانة في يد المشتري لأصالة عدم الضمان ، ولأن تسليمه يادن المالك الذي هو النافع .

قوله : (والحر لا يضمن بالغصب) .

لأنه ليس مالاً ، فلا يدخل تحت اليد .

ولو تلف الصغير في يد العاصب بسبب كدغ الحية ، ووقوع الحادث ضمن على رأي .

ولو استخدم الحر فعلية الأجرة ، ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأجرة نظر .

قوله . (ولو تلف الصغير في يد لعاصب بسبب كدغ الحية ، ووقوع الحادث ضمن على رأي) .

الرأي للشيخ^(١) ، وله قول آخر بعدم ضمان^(٢) ، والتفات القولين إلى انتهاء اليد ، والتلف ناشئ عن غيره فلا يقتضي للضمان والأصل البراءة ، وإلى أنه سبب الاتلاف ، لأنه لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه وعروضها أكثر .

وقد يقصد نوقع التلف بنفسه وقطعه عن يميني بأمره ، ولأن المناسب بعدوانه في الاستيلاء عليه ظمناً الضمان وإن لم يُسم حصياً ، ولأنه أحوط ، وبه ائق جمع من الأصحاب^(٣) ، وفي الدروس ساوي بينه وبين المحتول^(٤) ، وهو الأصح

وإظهار أن المراد بالصغير الذي لم يميز ، مع احتمال الضمان في المميز الصغير عن الفرار من المهلكات ، ولو كان بالشخص خجل أو بلغ بالكبر مرتبة الصغير فهل يلحق به ؟ احتمال

قوله : (ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأجرة نظر) .

أي . لو استأجر (الحر)^(٥) لعمل معين فحبسه مدة يمكن استيفاء ذلك

(١) الخلاف ١٠٥:٢ مسألة ٤٠ كتاب العصب

(٢) المبسوط ٣: ١٠٥

(٣) في ١٢٨ . جميع الأصحاب

(٤) الدروس ٣٠٧

(٥) لم ترد في حق

ولو حبس صانعاً وثم يتفجع به لم يضمن أجرته .

ولو استأجر دابة أو عبداً فحسبه بقدر الإنتفاع ضمن ، ولو غصب خمرأ من مسلم أو متظاهر لم يضمن وإن كان كافراً ،

العمل في مثلها هي استقرار الاجرة عليه نظر يشأ : من أن الأجرة وجبت بالعقد ، وقد انقضى زمان يمكن فيه العمل مع بذل المؤجر ومنع المستأجر فيستقر ، كما لو استأجره زماناً وحبسه حتى انقضى ذلك الزمان ومن أن مافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعاً له ولم يحصل التفتوت ، ولأصالة البراءة من الاستقرار .

وربما سي الوجهان على أن اجارة الحر نفسه هل هي تملك للمنافع محوص أو التزام العمل في دمه؟ يحتمل الأول ؛ لأن للمستأجر أن يتصرف فيها بالاجارة وغيرها فلهذا لو استعمله آخر ضمن أجره المثل ويحتمل الثاني ؛ لأن المنافع معدومة وليست تابعة لعين مملوكة فكيف تملك ، فعلى الأول يستقر وعلى الثاني لا وفي هذا الساء نظر ، إذ لا يلزم من ملك المافع استقرار لأجرة بالحبس المدة المذكورة ؛ لأن العقد المملك اذا لم يوجب الاستقرار فلا دليل على ثبوته بمضي المدة المذكورة .

ووجه شيخنا الشهيد الاستقرار في بعض حواشيه : بأن المنافع ملكها المستأجر ، وتلقها مستند الى فعه ، ويؤيده الحكم باستقرار الأجرة على قلع الضروس مع السر وسبق التمكين من قلعه ، وقال بالعمل ليخرج الاستجار مدة معينة ، إذ لا نزاع في استقرار الأجرة بمصبتها متمكناً ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في الاجارة تحقيق ذلك ، والأصح في مسألة الكتاب عدم الاستقرار .

قوله : (ولو غصب خمرأ من مسلم ، أو متظاهر لم يضمن وإن كان كافراً) .

أي : وإن كان الغاصب كافراً ؛ لعدم كون الخمر مما يتمول في ملة

ويضمن من الكافر المستتر وإن كان مسلماً بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وإن أتلف الكافر على أشكال .

الاسلام ، فلا يضمن للمسلم وإن اتخذها لتحليل ، نعم يأنم العاصب هنا ويعزر ، وأما الكافر المنظاهر فإن الحمر عنده كالحمر في يد المسلم .

قوله : (ويضمن من الكافر المستتر وإن كان مسلماً)

أي . وإن كان الغاصب مسلماً ؛ لأنها مال دلاضافة إليه وقد أقر على ذلك ، ولم تجز مزاحمته فيه .

قوله : (بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وإن أتلف الكافر على أشكال) .

إذا كان متلف حمر الكافر المستتر مسلماً فلا بحث في وجوب القيمة عليه ؛ لاستحالة ثبوت الحمر في كفة المسلم ، وأما إذا كان المتلف كافراً فهي وجوب المثل أو القيمة أشكال يشأ : من أنه مال مملوك لهم وهو مثلي فيضمن بالمثل ، وهو أحد قولي ابن البراج^(١) . ومن أنه يمنع في شرع الاسلام الحكم باستحقاق الخمر ، وإن كنا لا نعتصمهم إذا لم يتظاهروا بها ، فامتنع الحكم بالمثل لعارص فيجب الانتقال الى القيمة ، كما إذا تعلل المثل في المثلي ، وهو القول الآخر لابن البراج^(٢) .

والأصح وجوب القيمة إذا تحاكموا إليها ، والحكم بالمثل بعيد جداً ، فإنهم متى اظهروا الخمر زال احترامها^(٣) .

فإن قيل : لا يلزم من الحكم باستحقاقها اظهارها .

قلنا : الحكم باستحقاقها ينجر الى الاظهار إذا امتنع من الأداء فإنه يحبس

(١) نقل قوله العلامة في المختلف . ٤٥٩ .

(٢) المهلب ١ : ٤٥٠ .

(٣) في ٤٢١ : امتناعها .

ولو نقل صبيّاً حرّاً الى مضبغة فافترسه سبع ففي الضمان اشكال .
ولو فتح الزق عن حامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثاني .

والأبدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان ،

حتى يؤدي ، وذلك مضاف للاستار ، والأصح وجوب القيمة
قوله : (ولو نقل صبيّاً حرّاً الى مضبغة فافترسه سبع ففي الضمان اشكال) .

يشأ . من أن الحر يدخل تحت اليد فلا يضمن ، ومن أنه التسبب الى هلاكه ، وليس هذا الاشكال بشيء . بعد ما سبق في كلامه من أن الصبي اذا ألقاه في مسعة فافترسه سبع صممه ، وكذا صممه لو تلف بسبب لدغ الحية ، ووقوع الحادث على الرائي ، فإن إلقاءه في مضبغة أقرب الى توقع حلة الهلاك من هذه الأخيرة ، والأصح الضمان فيه وهي المجنون كما سبق .

قوله : (ولو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثاني) .

لأنه وإن كان صبيّاً إلا أنه أقرب من الأول .

قوله : (والأبدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان) .

لعموم : « على اليد ما أحدث حتى تؤدي »^(١) ولصدق الاستيلاء بغير حق ، وعلى ما ذكره في الدروس : من أن الجاهل بغصب البيت اذا سكن فيه بأمر الغاصب يضمن الممنعة خاصة^(٢) ، على ما يلوح من عبارته - : يجب استثناء هذا ، وفيه توقف .

(١) مستنوك الوسائل ٣- ١٤٥ ، مس انتهى ٦ : ٩٥ ، مستنوك الحاكم ٢ . ٤٧ .

(٢) الدروس : ٣٠٧ .

فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف ومن ترتب يده على يده ، سواء علم الغصب أو لا ، وسواء كانت أيديهم يد غصب للغاصب أو لا ، وسواء استعاد الغاصب غصباً أو لا .

وللمالك الرجوع على الجميع ببذل واحد ، لكن الثاني إن علم بالغصب طوّل بكل ما يطالب به الغاصب ، ويستقر لضمان عليه إذا تلف عنده ، فلا يرجع على الأول لو رجع عليه ، ويرجع الأول عليه لو رجع على الأول .

قوله : (فيتخير المالك بين أن يصب الغاصب عند التلف ومن ترتب يده على يده ، سواء علم بالغصب أو لا ، وسواء كانت أيديهم يد غصب للغاصب أم لا ، وسواء استعاد الغاصب أم لا) .

لعموم قوله عليه السلام « وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(١) والجهالة لا تقدر في الضمان وإن انتفى منها الإثم ، لا متناعاً لخطاب التكليف في حق الجاهل ، بخلاف خطاب الوضع . ولظاهر أن للمالك مطالبة من ترتب يده على يد الغاصب مع عدم التلف بتسليم العين أو الدن للحيلولة .

قوله : (وللمالك الرجوع على الجميع ببذل واحد)

لأن المستحق له شيء واحد فلا يكون له بدل متعدد ، وهو محير إن شاء أخذ البذل من الجميع ، وإن شاء أخذ البذل بعينه باختياره .

قوله : (لكن الثاني إن علم بالغصب طوّل بكل ما يطالب به الغاصب) .

لأنه غاصب ، فجميع ما يترتب على غاصب من التغليب كأعلى القيم على القول به يترتب عليه .

قوله : (ويستقر الضمان عليه إذا تلف عنده ، فلا يرجع على الأول

(١) حوالي اللآلي ١ . ٢٢٤ حديث ١٠٦ ، مستترك الوسائل ٣ ١٤٥ سنن البيهقي ٦ ٩٥ ، مستند الحاكم ٢ : ٤٧ .

هذا اذا تساوت القيمة ، أو كانت في يد الثاني أكثر .

ولو رادت في يد الأول طوّل بالزيادة دون الثاني .

ولو جهل الثاني الغصب : فإن كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة والمقبوض بالسوم وبيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني ، وإلا فعلى الأول

لو رجع عليه ، ويرجع الأول عليه لو رجع على الأول .

لاستوائهما في كون كل منهما غاصباً ، وانفرد الثاني بريادة وهي كون التلف في يده فيحتص بعهدته ، فلورجع على الأول استحق الرجوع عليه دون العكس .

قوله : (هذا اذا تساوت القيمة ، أو كانت في يد الثاني أكثر ، ولو زادت في يد الأول طوّل بالزيادة السوقية) .

باء هذا الحكم على أن الغاصب يضمن أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف ، لقوله : (هذا) إشارة إلى ما ذكره من استقرار الضمان كله على الثاني ، فإن ذلك لا يستقيم إلا اذا لم يحتص الأول بشيء لم يشاركه الثاني فيه ، وهو كون القيمة السوقية في يده أكثر ، فإن تلك الريادة مستحقة للمالك وعهدتها على من حصلت في يده ، فإنه حينئذ يطالب بالزيادة وحده .

وأما الثاني فيطالب بأعلى القيم في يده ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن المختار وجوب القيمة حين التلف خاصة فلا يتم ما ذكره . وعلى القول بأن الواجب قيمته يوم القبض ، فلو كانت أعلى أغرم الثاني ما عدا الزيادة وأعزم الأول الزيادة .

قوله : (فلو جهل الثاني الغصب ، فإن كان وضع يده وضع يد ضمان كالعارية المضمونة ، والمقبوض بالسوم ، والبيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني ، وإلا فعلى الأول) .

هذا قسم قوله: (لكن الثاني إن علم بالنصب)

وحقه أن يكون بالواو (ولو جهل) أي إذا كان الثاني جاهلاً بالنصب فلا يخلو:

إما أن يكون اثبات يده على العين المعصومة على وجه كونه مضموناً كالعارية المضمونة، أي كأن يستعير من العاصب باعتقاد أنه المالك عارية مضمونة لكونها دهاً أو فصة، أو مشروطاً صحتها، وكما لو قبضه منه كذلك بالسوم بناء على أنه مضمون.

وهذا سبق من المصنف فيه اشكالاً، واخترباً كونه مضموناً، وكما لو قبضه بالبيع الفاسد الذي احتل فيه أحد الأمور المعتبرة في البيع سوى كون العين مضمونة، أو على وجه كونه غير مصحون فإن كان الأول لقرار الضمان على الثاني، وذلك لأن دخوله على أن العين مضمونة عليه إما بالتزامه أو بمقتضى الحكم الشرعي، فلا أثر لمروره بكون العين ملكاً للعاصب وإنما يؤثر المرور إن لو كان بريئاً من الضمان على تقدير كون العين ملكاً للعاصب فيكون الضمان إذا ظهر كونه ملكاً لآخر وأنه غصبها منه بتفريده

وتوصيح ذلك أن العين المعصومة إذا ثبت الثاني الجاهل بالنصب يده عليها لا يداع الغاصب إياه مثلاً، فتلفت بغير تغريط، ثم ظهر كونه مضمونة فاعزم المالك الثاني، فإنه يرجع على الغاصب لأنه عره بكون العين ملكاً له، وأنه سلمه إياها أمانة وقد ظهر كونها مضمونة، والمغرور يرجع على من غره.

بخلاف ما لو سلمه إياه عارية مضمونة، فإنها لو كانت ملكاً للدافع وتلفت في يد المستعير يلزمه الضمان، فلم يلزمه بتفريده إياه بكونها ملكاً له ضمان لم يكن لازماً له على تقدير الملك.

وكذا لو قبضها بالبيع الفاسد، سواء علماً فساد البيع أو لا، لأن المقبوض

كالوديعة والرهن والوكالة .

بالبيع الفاسد مضمون على القاض بالمثل أو القيمة كائناً ما كان وإن استحق الرجوع بالثمن ، سواء زادت القيمة على الثمن أم لا ؛ لوجوب التراد ، ومع التفاوت ينتقل الى البذل كما حققناه في البيع

فإن قلت فكيف يرجع المشتري الجاهل على الغاصب لو اغرمه المالك القيمة بجميعها وإن زادت على الثمن مع أن البيع فاسد لكون العين مضمونة مع أن استقرار التلف في يده ، وهو مناف لهذا

قلنا : لا مضافة لأن المراد بفساد البيع فساد ما عدا كون العين مضمونة^(١) حتى لا يكون للمرور مدخل ، فإنه على ذلك التعدير يضمن العين وإن كانت ملكاً للغاصب

أما إذا كان البيع صحيحاً لولا الغصب فإن التعدير قائم ، فإنه دخل على أن البيع صحيح لكون العين ملكاً للبائع وأن ما زاد على الثمن له ومضاعفها مجاناً ، فلذا ظهر كونها ملكاً للآخر وأن المانع عاصب فقد ثبت ذلك وثبت تخريجه إياه ، فيرجع عليه بكل ما لولا الغصب لكان له بغير عوض سوى الثمن .

والحاصل أن الضابط : أن كل شيء يكون فرص العاصب فيه مالكاً لا يلزم الثاني فيه غرم له الرجوع فيه ، وما يلزمه فيه الغرم على تقدير كونه مالكاً لا تخريجه فيه ولا رجوع به .

قوله : (كالوديعة والرهن والوكالة) .

مثله الاجارة والجمالة والمرارعة والمساواة والمرجع الى الضابط الذي ذكرناه .

(١) في (م) : معصية .

ومهما أتلّف الأخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه ، إلا مع الغرور كما لو أضافه به .

ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار ، وكذا لو أودعه المالك أو أجره إياه .

قوله : (ومهما أتلّف الأخذ من العاصب فقرار الضمان عليه إلا مع الغرور كما لو أضافه به) .

لأن الضيف مغرور باعتقاده أن يد المصيف يد منك وأنه قد أباحه الطعام محاشاً فظهر خلافه .

قوله (ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار) .

لأن المباشر ضعيف بالغرور فيرجع هيئ السيد .

فإن قلت قد سلط العاصب المالك على ماله فصار بيده فريء العاصب ، فإذا اتلعه لم يكن له على العاصب رجوع

قلنا . ليس هذا هو التسليم الواجب ، فإن تسليطه إياه على اتلافه بالضیافة وبحوها لا يتضمن التسليم التام ، فإن التسليم التام هو تسليمه إياه على أنه ملكه يتصرف به كتصرف المالك ، ومع اعتقاده أن الطعام للعاصب وأنه قد أباحه اتلافه بالضیافة ، فالتسليم المذكور متب فيضمنه العاصب للمالك .

قوله : (وكذا لو أودعه المالك أو أجره إياه) .

أي : يرجع عليه بعوض العير ، وكذا (يضمن)^(١) بالمنافع وعوض الاجارة للتغريز ، فإن التسليم المذكور ليس تاماً ، إذ هو على طريق الضیافة عن العاصب في الحفظ أو استيفاء المفعة المستحقة بالعوض .

ولو وهبه الغاصب من آخر ، فرجع المالك عليه احتمال رجوعه على الغاصب لغروره ، وعدمه لأن الهبة لا تستعقب الضمان .

ولو رُوح الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء ويرى الغاصب ،

قوله : (ولو وهبه الغاصب من آخر فرجع المالك عليه احتمال رجوعه على الغاصب لغروره ، وعدمه ؛ لأن الهبة لا تستعقب الضمان) .
أي : لو وهب المغمصوب الغاصب من شخص آخر فتلّف في يده بدليل قوله : (لغروره) ولأنه مع بقاء الميم وأخذ المالك إياها لا يعقل رجوع المتهب على الغاصب ، فإن غاية ما هناك كون الهبة فاسدة لكون العين معصوبة ، وهو لا يقتضي تضمينه .

فإن المالك إذا رجع على المتهب ، الذي تلّف المغمصوب في يده يحتمل رجوعه على الغاصب ؛ لأنه عره بكون ذلك ملكه ، وأنه قد وهبه إياه . ومقتضى الهبة أنه إذا تلّف في يده لا يلزمه عرضه ، فتبين خلاف ذلك بظهور كونه مغمصوباً والمغرور يرجع على من غره .

ويحتمل عدم الرجوع ؛ لأن الهبة لا تقتضي ضمان الواهب العين للمتهب ، لأنه أخذها على أنها إذا تلّفت يكون تلفها منه ، وليس هذا الأخير بشيء ؛ لأنها وإن لم تقتض الضمان إلا أنها لا تنفي العرور فيجب مقتضاه وهو الأصح ، وهذا إذا لم تكن الهبة معوضة ، فإن كانت معوضة فليس بعيداً كونها كالبيع الذي يستجمع شرائط الصحة لولا العصب .

قوله : (ولو رُوح الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء ويرى الغاصب) .

لا ريب في نفوذ الاستيلاء لتحقق المعنى المقتضى ، وهو إثباتها بولد من المالك ، وليس هذا كصيغة العتق التي إنما تصح مع القصد ، فإن من أولد

وفي الأرض اشكال ، وكذا لو وهب منه .

مملوكة الغير ثم تبين الحال كان الاستيلاء نافذا ، ومع تحقق ذلك حجر على المالك في اخراجها عنه ، وانقطعت سلطنة الغاصب عنها بحسب الظاهر ، فيسرا الغاصب بحصول التسليم التام ، والى هذا اشار بقوله . (وسرى الغاصب) .

ولفائل أن يقول : إن اطلاق براءة الغاصب لا يستقيم ، بل ينبغي تقييدها بما اذا علم الحال ، فلو تلفت قبل ظهور الحال وهي بيد المالك على أنها زوجته وهي مملوكة للغاصب فإين البراءة مع كون التسليم غير تام ، وكان عليه أن يستشكل البراءة في هذا القسم ، كما استشكل في قوله ، إلا في الأخير فإن الحكم فيهما متقارب بل البراءة هناك أولى .

قوله : (وفي الأرض اشكال) .

يشأ : من أن ذلك بفعل المالك ، وأنه لم يأت فيه الغاصب صريحاً ، وإنما توهم المالك جوازه باعتقاد صحة البيع فيكون كنماء البيع وما جرى مجراه . ومن أنه غره حيث سلطه عليه بالبيع على أنها مملوكة الغاصب ، فجرى مجرى ما لو صيغه بطعامه ، وهو الأصح . وكذا نظائره في البيع وغيره .

إذا تقرر ذلك فالأرض عن تفاوت ما بين قيمتها تلفاً يتصرف بها أي تصرف أراد متى أراد ، وبين قيمتها مبيعاً من اخراجها عن الملك مع تجوير عروض زواله قريباً وبعيداً ، وتجوز عدمه ، لأنه لا يعلم هل يموت ولدها أم يبقى ، بل يجوز بقاؤه وموته بعد ساعة وبعد زمان طويل وتفاوت ما بين القيمتين هو الأرض .

وإنما حققنا الأرض بما ذكرناه ، ليعلم أنه إذا مات الولد ورجعت طلقاً لا يستعاد من المالك ، لأن العيب الذي ثبت لم يزل وإنما انقطع بعد مدة ، والمأخوذ أرضاً إنما أخذ على تقدير رجاء انقطاعه وعروض زواله ، فما توهمه

ولو قال : هو عبيدي فاعتقه فاعتقه فالأقوى النكود .

بعضهم من احتمال استرداده بموت الولد ليس بشيء .

قوله : (ولو قال : هو عبيدي فاعتقه ، فاعتقه فالأقرب النفوذ) .

أي . لو قال الغاصب للمالك : هو - أي العبد المقصود - عبيدي فاعتقه منك ، بدليل ما سيأتي من قوله (ولو قال : اعتقه عني) ولأن النفوذ لولا ذلك ضعيف ، فاعتقه المالك عن نفسه بقول الغاصب على أنه ملك للغاصب فالأقوى نفوذ العتق ؛ لأنه عتق صدر من أهله في محله فيكون نافذاً .

ويحتمل العدم ؛ لأنه لم يقصد اعتناق عبده بل قصد اعتناق عبد الغاصب ، والايقاعات والعقود تابعة للمقصود وربما وروح الأول يكون العتق مبنياً على التغليب ، وبأن الملك الحقيقي المعتبر في العتق أقوى من الصمعي

والذي يقتضيه التحقيق أن العتق المقصود - وهو عتق عبد الغاصب عن المعتق الذي هو المالك في نفس الأمر ، والذي يحاول وقوعه - هو عتق عبد المالك ، واحدهما غير الآخر .

فإن كان القصد معتبراً فالمقصود غير واقع فيكون منتعياً ، والآخر غير مقصود فلا يكون صحيحاً . وكون العتق مبنياً على التغليب لا يدفع ذلك ؛ لأن هذا البناء فرع وقوعه صحيحاً ، والملك وحده غير كاف في وقوع العتق من دون صيغة صحيحة ، وادعاء كون هذا عتقاً صدر من أهله في محله في موضع المنع .

وإن كان القصد غير معتبر فيجب الحكم بوقوعه على كل حال ، سواء أوقعه عن نفسه أو عن الغاصب ، لأنه يملك فكه من الرق وقد حصلت الصيغة ، والقصد غير معتبر بل يلزم أنه متى قصد اعتناق عبد الغير ظاهراً وتحريره بوكالة ، ثم ظهر كونه مملوكاً له في وقت الاعتناق يارث أو شراء من وكيل ونحوه يجب الحكم بصحته ونفوذه ، وهو من أبعد الأشياء .

وفي الغرم اشكال ينشأ : من الغرور ، ومن زوال الملك بإزالته والصرف إلى مصلحته .

هذا مع أن في اعتاق عبده الذي لو اعلمه لم يرخص باعتقه ، وقطع سلطته عنه ضرراً عظيماً معيماً بقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار »^(١) وربما قصد الغير الاضرار بالمالك ، فدلس عليه عبده ثم سلطه على اعتاقه عن نفسه على أنه ملك الغير ، فيكون في الحكم نفوذ العتق بلوغ المراد من الاضرار به ، مع أنه ربما لم تثبت يده عليه فلا يستحق عليه شيئاً قطعاً ، وهذا من اعمد ما يستبعد ، وفي حواشي شيخنا الشهيد أنه لا يبعد ، وهو الذي يقوى في النفس ، واختاره في التحرير^(٢) .

واعلم ان الغاصب لو لم يقتل هو عبي ، بل ثبت يده عليه على وجه يقتضي الملك طاهراً ، ثم قال له : اعتقه منك ، فإن الأحكام تحري فيه كما تحري أحكام البيع وغيرها وإن لم يقتل للمشتري هو عبي ، بل اعتمد على يده الدالة على كونه ملكاً له

قوله : (وفي الغرم اشكال ينشأ : من الغرور ، ومن زوال الملك بإزالته والصرف إلى مصلحته) .

أي : بناء على نفوذ العتق في عزم الغاصب للمالك قيمة العبد الذي اعتقه عن نفسه اشكال ينشأ : من أنه اتلف عبده نفسه بتفريغ الغاصب ، حيث قال انه عبده ، فكان كما لو صيف المالك بضعه .

ومن أن الماشر لإزالة الملك إما هو للمالك وقد صرفه إلى مصلحته ، حيث اعتقه عن نفسه فاستحق الولاء إن كان ترعاً والثواب .

(١) الكافي ٥ . ٢٨٠ حديث ٤ و ٢٩٢ ، ٢٩٤ حديث ٢ ، ٨ ، الفقيه ٣ ١٤٧ حديث ٦٤٨ ،

التهذيب ٧ . ١٤٦ ، ١٦٤ حديث ٦٥١ ، ٧٢٧

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ١٣٩

ولو قال : اعتقه عني ففعل ففي وقوعه عن الغاصب اشكال .

ولو أمر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلاً بها ضمن الغاصب ، ولو أمره بالأكل فباع ، أو بالعكس ، أو عمم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان

ولا ريب في ضعف الثاني ، لأن صرفه إلى مصلحته بفعله إذا كان مغروراً ولم يحصل التسليم التام لا ينافي استحقاق الرجوع عليه للغرور ، ولا ريب أن استحقاق الرجوع بالغرم لو قلنا بفرض العتق أقوى

قوله : (ولو قال : اعتقه عني ففعل ففي وقوعه عن الغاصب اشكال) .

أي : لو قال الغاصب للعبد الذي هو المالك له ظاهراً للمالك الجاهل بالحال : اعتقه عني ففي وقوعه عن الغاصب اشكال يشأ : من أنه عتق صدر من أهله في محله ، ^(١) حيث أنه وقع بفعل المالك ، والعبد صالح لتعلق العتق به ، والغاصب قابل لوقوع العتق عنه .

ومن أنه إنما اعتقه بآية عن لعاصب على أنه وكيله ، لتكون العبد مملوكاً (له) ^(٢) ظاهراً فلا يقع . والأصح عدم وقوع العتق ^(٣) ، وقد بينا وجهه سابقاً .

فروع : لو فتح باباً على عبد محبوس فهرب صممه عبد الشيع ^(٤) ، سواء كان كبيراً أو صغيراً ^(٥) ، عاقلاً أو مجنوناً ، أبقاً أو لا .

قوله : (ولو أمر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلاً بها ضمن) .

لكونه مغروراً ، ولا أثر لكون ذلك بفعله ، كما نبهنا عليه غير مرة .

قوله : (ولو أمره بالأكل فباع ، أو بالعكس ، أو عمم الانتفاع

(١) لم ترد في نق.

(٢) في «م» : عدم الرجوع

(٣) المبسوط ٣ : ٨٩

(٤) في نق : صغيراً أم كبيراً.

إلا في الأخير على أشكال .

فالأقرب زوال الضمان إلا في الأخير على أشكال .

أي . لو أمر الغاصب المالك بأكل العين فخالف ، أو بالعكس ، وبالجمله اذا أذن له في نوع من التصرف فأتى بنوع آخر غير مآدون فيه ، أو عمم له الانتفاع ، أي . أذن له في جميع الانتفاعات فاستمع فأتلف العين أو بعضها ، أو تلفت في يده بعد التعميم المذكور فالأقرب عند المصنف زوال الضمان فهما عدا صورة الأخير ، يعني ما اذا عمم له الانتفاع .

ووجه القرب . أنه قد تصرف باختياره لا بقول الغاصب فصادف التصرف ملك نفسه ، ولأن العين لو كانت مملوكة للغاصب لكان على المتصرف مخالفة الأمر الضمان ، وكل ما يقتضي الضمان على تملك المالك لا يتصور فيه المرور ، إذ تمريره إنما هو بكونه ملكاً له ، وعلى تقدير الملك فالضمان ثابت ، وقد بينا ذلك .

ويحتمل ضعيفاً العدم ، لأنه تصرف عن أمر الغاصب ولم يتحقق وصول ملكه إليه على الوجه المعتبر بالتسليم التام مرجع^(١) عليه . وليس بشيء ، لأنه لم يتصرف عن أمر الغاصب ، (إد الفرس)^(٢) أنه خالفه وفعل ما يوجب الضمان ، والأصح زوال الضمان هنا .

أما اذا عمم له الانتفاع ، وهو الصورة لأخيرة فهي زوال الضمان وعلمه أشكال . من أنه مفروض بكون الملك للغاصب ، وأن انواع التصرفات مجورة له من قبله فيكون كما لو قدم طعام العير إليه فأكله جاهلاً . ومن أنه قد سلم إليه ماله تسليمًا تاماً ويرى منه ، فأنلافه إياه وتنفع بعد ذلك لا يكون مضموناً على الغاصب ، إذ الواجب عليه منحصر في تسليم المالك ماله وتمكينه وقد فعل

(١) في دم . فراجع .

(٢) في «ق» . والفرس .

فوجب الحكم ببراءته ، ولما لم يكن الواجب محضراً فيما ذكر ، هذا خلف .
ومثله ما اذا وهب المالك (ماله)^(١) هبة غير لازمة .

والذي يكشف عن وجه المسألة أن الواجب على العاصب تسليم العين الى المالك تسليماً تنقطع به سلطة العاصب عن العين بالكلية ، بحيث يصير المالك في سعة من التصرف وعدمه ، وتكون يده يد مالك وتصرفه تصرف مالك .

فمتى كان تسليم العين اليه على وجه يعتقد أن يده يد متفرعة على يد غيره ، وأن الغير يصد أن يرجع الى العين فيأخذها ، وأنه يجب عليه بالطلب تسليمها اليه ، وأن تصرفه فيها مقصور على الادن بسبب هبة بمجرد الإباحة فالذي يقتضيه الطرأ أنه لا يكون تسليماً تاماً ولا يتحقق البراءة به ، فحينئذ تكون الهبة على العاصب الى أن يحصل التسليم الواجب المبريء للذمة ، حين تلفت العين أو اتلفها المالك بأذن من العاصب فالعبرير قائم فيسحق الرجوع على العاصب .

ومثله الهبة التي يحوز الرجوع فيها ، لانتهاء التسليم التام بالمعنى الذي ذكرناه عنها . ويشكل على هذا ما سبق من أن الدين اذا أداه المديون لا يشترط للبراءة أن يعلم به المالك ، بل يجوز أن يكون في صورة الهدية ، ولا يكاد يتحقق الفرق بين المديون والعاصب في ذلك

ولو باع العاصب المالك فليس بعيد أن يقال : إن ما ساوى الثمن من القيمة لا يرجع به ؛ لأنه مضمون ، وما زاد محل التردد . كما هنا . نظراً الى التردد في صدق التسليم التام وعدمه . أما لو أقرضه المالك فليس يبعد زوال الضمان ؛ لصيق التسليم التام حينئذ .

(١) لم ترد في (١)

الركن الثاني: : المحل . المخصوص إما عين أو منفعة ،
والأعيان : إما حيوان أو غيره ، فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد
بالجناية ، وبالييد العادية بأقصى القيمة .

قوله : (المخصوص : إما عين أو منفعة ، والأعيان إما حيوان أو
غيره . فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية وبالييد العادية بأقصى
القيمة) .

المخصوص أربعة أقسام لأنه : إما عين ، أو منفعة ، والعين : إما حيوان ،
أو غيره . فالحيوان : إما آدمي ، أو غيره . ولأدمي هو الرقيق ، وهو العبد أو
الامة . والنظر في ضمانهما

أما بالنسبة الى النفس ، أو الى الطرف باعتبار جناية العاصب أو اجبي أو
التلف بآفة اذا تقرر هذا فالحيوان يضمن نفسه وطرفه ، حتى العبد فإنه وإن
كان آدمياً إلا أن جانب المالية غلب عليه فيضمن (نفسه)^(١) بالجناية ، وبالييد
العادية بأقصى القيمة .

والظاهر أن مراده : أقصى قيمته من يوم المصعب الى يوم الجناية أو
التلف ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن الواجب قيمته وقت التلف هذا حال
نفسه ، وأما طرفه فلا يخلو : إما أن لا يكون لمثله من الحر مقلد شرعاً ، أو
يكون .

فإذا كان الأول فإنه يجب فيه الأرض ، وهو ما ينقص من القيمة ، سواء
حصل تلف ذلك الطرف بالجناية ، أو تحت اليد العادية ، أو من قبله تعالى ،
فالضمير في قوله . (حصل) يعود الى (ما) في قوله . (ما ينقص من قيمته)
على أن الجملة المعلية حال .

وكذا ما عطف عليها ، فإن قوله : (أو تحت اليد العادية) معطوف على

(١) في م: نفس العبد

وما لا تقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ما ينقص من قيمته ،
 حصل بالحماية أو تحت اليد العادية ، من أجنبي أو من قبله تعالى ،
 والمقدر الأقرب الأكثر من المقدر والأرض .

قوله : (بالحماية) . وقوله : (من أجنبي) يتعلق^(١) بمحذوف هو حال أو صفة
 للمجانية . وكان حقه أن يقول . حصل بالحماية منه ، أو من أجنبي ، أو من قبله
 تعالى .

ويمكن أن يكون المراد بـ (الحماية) : جبايته على أن اللام عوض من
 المصاف إليه ، فيكون قوله : (أو تحت اليد) المراد به : كون الحماية تحت
 يده من أجنبي أو منه تعالى ، فيكون يتعلق من محذوف وموصوفه .

وهي بعض السج . ما حصل بالحماية أو تحت اليد . برهانة ما ، ولا
 شك في أنه غير حصر . وإنما استوت الحالات الثلاث في الحكم ، لأن يد
 الغاصب يد ضمان ، فلا فرق بين أن يتلف هو أو يتلف تحت يده

قوله : (والمقدر الأقرب الأكثر من المقدر والأرض)

هذا هو القسم الثاني ، وهو ما نقص من اطراف الرقيق سخاية ، أو من
 قبله تعالى تحت يد الغاصب وكان لمثله من الحر مقدر كقطع اليد ، فإن الأقرب
 وجوب أكثر الأمرين من المقدر في الحر بالنسبة إلى قيمة الرقيق وما نقص من
 قيمته بالعماء بلغ وإن زاد عن دية مثل ذلك في الحر .

ووجه القرب : أنه إن كان المقدر^(٢) أكثر فلا بحث ؛ لأن الحر أصل
 للعبد في ذلك ، فإذا كانت قيمة العبد مائة ويقطع يده صار يساوي ستين فإن
 الواجب نصف قيمته وهو خمسون ، كما كان الواجب في الحر نصف دية .

وأما إذا كان الأرض أكثر ، كما إذا صار بعد القطع يساوي أربعين ، فلأن

(١) في م : متعلق .

(٢) في م : المقدر .

ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني .

الزائد على الخمسين نقص مالي حصل^(١) في يد الغاصب بنقص شيء من العين فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال لعموم : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٢) .

ولأن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال ، ولأن إلحاقه بالجاني مع اختصاصه بالنقص قياس مع الفارق ، فإن الجاني لم تثبت يده على الرقيق فيعلق به ضمان المالية بخلاف الغاصب ، وهو قول الأكثر . ويحتل ضمان المقتدر^(٣) خاصة فيجب في المثال الخمسين فقط ، لعموم التقدير لقيمة الغاصب .

ويصغف بأن الغاصب من حيث أنه يضمن المقتدر ، ومن حيث أنه غاصب أثبت يده على مال الغير يضمن نقصاً لمالية ، فلا يلزم من ضمانه شيئاً بالجهة الأولى أن لا يضمن بغيرها شيئاً آخر ، والأصح ضمانه^(٤) الأكثر

قوله : (ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني)

كان حقه تصدير الجملة بالفاء ليفيد استعريض على ما قبله ؛ لأن هذا مبني على ضمان الغاصب أكثر الأمرين ، أي . لو تجاوزت قيمة العبد دية الحر كان زادت على عشرة آلاف درهم ، فجس على نفسه فالأقوى تضمين الغاصب ما زاد بناءً على ما سبق ، دون الجاني لاختصاصه بالنقص على أن الجنابة على العبد لا تزيد (على الجنابة)^(٥) على الحر فتفريه مستغاد مما سبق .

(١) في «م» . يحصل .

(٢) مستدرک الوسائل ٣ : ١٤٥ ، عوالي اللآلي ١ : ٢٢٤ حديث ١٠٦ ، مس الیهقي ٦ : ٩٥ ، مستد الحاكم ٢ : ٤٧ .

(٣) في «م» . المقتدر .

(٤) في «م» : ضمان .

(٥) لم ترد في «م» .

ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة ، سواء
بأمر الغاصب أو الأجنبي ،

قوله . (فلو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع
القيمة) .

هذا أيضا مما يتفرع على ما سبق ، لكن حقه أن يكون بالواو ؛ لأنه تفرع
ثان فهو معطوف على ما قبله ، أي . لو جنى على الرقيق المغصوب بما فيه
القيمة كمالاً ، كقطع الذكر مثلاً فالأقوى وجوب دفعه إلى المالك مع القيمة ؛
لأن ضمان الغاصب من جهة المالية كما سبق ، وللعرض الفائن مقتر فيجب
دفع مقتره ، والأصل بقاء العبد على ملك مولاه . محلاف الحامي ؛ لورود
النص على دفعه إليه^(١) ليأخذ مولاه القيمة ، فلا يلحق به الغاصب خصوصاً مع
العارق وهو الأصح .

ويحتمل كون الغاصب كالحامي . لأن المضمون مع تلف الكل هو جميع
القيمة فقط ، فلا يعقل وجوبها في البعض مع بقاء الجملة على ملكه ، وإلا
لاستوى الكل والبعض بل يريد حكم البعض على الجملة وليس بشيء . إذ
لا محذور في ذلك ، فإن اللازم غير معلوم البطلان ، ولولا النص^(٢) في الجاني
لم يحكم بأخذ ملك للمالك على وجه القهر ودفعه إليه .

قوله : (سواء بأمر الغاصب أو الأجنبي) .

أي . لا فرق في الحكم المذكور بين أن يأمر اتلاف الطرف الغاصب أو
الأجنبي ؛ لأنه إن بأمره الغاصب^(٣) فظاهر ، وإن بأمره الأجنبي فإن جنايته أيضاً
مضمونة على الغاصب لكونها وقعت في يده ، فله الرجوع على كل منهما على
ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

(١) الكافي ٧ . ٣٠٧ حديث ٢١ ، التهذيب ١٠ : ٢٦١ حديث ١٠٣٢

(٢) الكافي ٧ . ٣٠٧ حديث ٢١ ، التهذيب ١٠ : ٢٦١ حديث ١٠٣٢ .

(٣) في ٨٥ : بأمر باتلاف الغاصب

بخلاف الجاني على غير المعصوب ، فإن رجع على الأجنبي دفع إليه العبد ورجع بقيمته على العاصب ، وإن رجع على العاصب بهما فالأقوى رجوع العاصب على الجاني بالقيمة مجاًناً .

قوله : (بخلاف الجاني على غير المعصوب) .

أي . الأقوى^(١) الأكثر من المقتدر ولأرش ، بخلاف الجاني على غير المعصوب وما بينهما معترض ، ومتعلق الجبر محدود على أنه حال من وجوب الأكثر ، ويمكن أن يكون المراد فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة بخلاف الجاني على غير المعصوب ، بدليل قوله : (فإن رجع على الأجنبي) فإنه من توابع ما إذا حصى عليه بما فيه القيمة فلا يرول اتصاله به بأجنبي

قوله : (فإن رجع على الأجنبي دفع إليه العبد ورجع بقيمته على العاصب)

أما دفع العبد إليه فلأن ذلك مقتضى نص ، وأما رجوعه على العاصب بقيمته فلأن ذلك من مقتضيات الجباية الواقعة في يده وهي مضمونة عليه ، فدفع العبد بسبب الجباية تصحيح لمال مضمون على العاصب وجب دفعه بسبب جباية مضمونة عليه ، ولا دليل على سقوط صحابه عنه

قوله : (وإن رجع على العاصب بهما فالأقوى رجوع العاصب على الجاني بالقيمة مجاًناً) .

أي : إن رجع المالك على العاصب بهما ، أي : بالقيمة عوض الجزء المقطوع ، وبالعبد المجبى عليه بذلك معاً فالأقوى رجوع العاصب على الجاني بتمام القيمة عوض الجباية مجاًناً ، أي من غير أن يضمن له قيمة العبد المجبى عليه بعد الجباية .

(١) في ١م : الأقرب .

وفي عين البقرة والفرس واطرافهما الأرض .

ووجه القوة : إن دفع المجنى عليه إلى الجاني حيث يمكن ، وذلك حيث يكون تحت المستحق للقيمة ، فأما إذا تعذر رده فلا يعقل وجوب دفعه وإنما هو كالتالف ، والأصل براءة الدمة من وجوب غرم قيمته بعد الجناية على الغاصب للجاني ، ولا دليل يدل على ذلك .

ويحتمل الوجوب ؛ لأن وجوب القيمة على الجاني مشروط بدفع العين فإذا تعذر وجب المصير إلى القيمة ، ولأن الحاني يطالب المالك بالعبد ليغرم له القيمة فمطالبته الغاصب بقيمته بطريق أولى . وفيه نظر ، فإن الأولوية ممنوعة ، والاشتراط المذكور إنما هو مع وجود العين ، فإذا تعذر كانت كالتالف ومع التلف لا ضمان قطعاً ، وفي محتر المصنف قوة

ومهما زادت حجة حماية الأجنبي فالواجب على الجاني الدية وعلى الغاصب ما زاد ، فلو قتل الأجنبي وجب عليه قيمته ، فإن رادت على دية^(١) الحر أحلت منه الدية ومن الغاصب الرائد

قوله : (وفي عين البقرة والفرس واطرافهما الأرض)

وكذا في كل دابة ، فلا معنى لتخصيصهما بالذكر ووجهه أن الدابة مال محض ، وليست كالأدعي حيث يجعل مقدار الحر أصلاً له . وقال الشيخ : في عين الدابة نصف القيمة ، وفي العينين كمال القيمة ، وكذا كل ما في البطن منه إنسان ، واحتج بالرواية والاجماع^(٢) .

قال المصنف في المختلف : تحمل الرواية والاجماع الذي ادعاه الشيخ على غير الغاصب في إحدى العيين ، بشرط نقص المقدّر عن الأرض^(٣)

(١) في ٤٣ : قيمة .

(٢) الخلاف : ٢ : ٩٨ مسألة ٤ كتب الغصب ، وأما الرواية فقد قال صاحب الجوامع ٣٧ : ١١٥ ، ثم نبهها في المصادر كلها ، وكذا ابن اندوس في السرائر : ٢٨٠ .

(٣) المختلف : ٤٥٧ .

ولومات في يده ضمن القيمة وإن تجاوزت دية الحر لو كان عبداً ،
 وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً ، وهو ما تتساوى قيمة
 أجزائه ،

واعلم أن هذا من (١) القسم الثاني من أقسام المعصوب وهو الحيوان ،
 والمختار أنه كسائر الأموال يجب في تلمه قيمته ، وهي إبعاضه الأرض بالغاً ما
 بلغ ، ولا نظر إلى التقدير في شيء من أطرافه .

قوله : (ولومات في يده ضمن القيمة وإن تجاوزت دية الحر لو كان
 عبداً)

أي . لو مات الحيوان بيد (٢) الغاصب ضمن قيمته بالغه ما بلغت وإن
 تجاوزت دية الحر لو كان الحيوان المعصوب عبداً ، كذا ينبغي أن تكون
 العبارة ، إلا أن الحيوان لم يجره في هذه العبارة ذكر ، إنما ذكر الفرس والبقرة
 فصحت العبارة بسبب ذلك

ثم إن ذكر حكم العبد ها هنا على خلاف ما ينبغي ، بل كان ينبغي ذكره
 مع بقية أحكامه ، على أن ما سبق من قوله : (أو من قبله تعالى) قد يقتضى به
 فيتناوله وقد يقال : إن حكم الإنسان وحيوان قد سبقا ، ولم يذكر حكم
 الموت فتداركه هنا .

قوله : (وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً ، وهو ما
 تتساوى قيمة أجزائه) .

كالحنطة ، والشعير ، وغيرهما من الحبوب ، والأدهان ، وما أشبه
 ذلك . وغير المثلي ما لا تتساوى أجزاؤه كحيوان ، والأراضي ، والأشجار ،
 وغير ذلك . كذا قال الشيخ في تعريفه (٣) ، ونقص بالشوب ونحوه فإن قيمة

(١) في ٤م : هو

(٢) في ٤م : في يد

(٣) الخلاف ١٠٣ : ٢ مسألة ٢٩ كتاب المعصب ، المبسوط ٣ : ٥٩ - ٦٠

أجزائه متساوية وليس بمثلي .

وربما ضبط بأن المثلي ما يكون اسم الكثير والقليل منه واحداً كالماء ، والدبس ، (والدهن)^(١) ، ونقص بالأرض وقال جماعة من الفقهاء : المثلي ما تتماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالحبوب ، وغيرها .

وقال الشافعي^(٢) ، وأبو حنيفة^(٣) ، وأحمد^(٤) . المثلي كل مقدّر مكيل أو وزن . وراى بعضهم اشتراط جواز السلم فيه^(٥) ؛ لأن السلم يثبت بالوصف في الذمة . وراى بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض ؛ لأنه يثبت في الذمة وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض ؛ لتشابه الأصلين في قضية التماثل .

واعترض على العبارات الأخيرة الثلاث بأن المقام^(٦) والملاعق والمخاريف المتخذة من الصخر ولحاس موزونة يجوز السلم فيها ، وبيع بعضها ببعض ، وليست مثلية ، والمصنف في النذرة قال بعد كلام طويل . واعلم أن الحق ما نقلناه عن الشيخ رحمه الله^(٧) .

وفي الدروس قال . إن المثلي هو المتساوي الأجزاء والمنفعة ، المتقارب الصفات^(٨) ، وهذا لا يكاد يخرج الثوب

(١) لم ترد في (٥)

(٢) الام ٣ . ٢٥٤ ، حاشية اعاة الطاليس ٣ . ١٣٨ ، بداية المجتهد ٢ : ٣١٧ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ٣١٧ .

(٤) المصدر السابق

(٥) فتح العزيز المطبوع مع المجموع ١١ : ٢٦٦

جمع مفردة قممته ، وهو وعاء من صخر يستصحبه المسافر انظر : الصحاح (قمم) ٥ : ٢٠١٥ ،

(٦) مجمع البحرين ٦ : ١٤١ .

(٧) النذرة ٢ : ٣٨١ ، وقول الشيخ في الخلاف ٢ : ١٠٠ مسألة ٢٠ كتاب الغصب ، المبسوط ٣ : ٥٩

(٨) الدروس ٣٠٩ .

فإن تعذر فالقيمة يوم الإقباض لا الأعوار وإن حكم الحاكم بها يوم الأعواز .

والظاهر أن المراد من هذا صسط المشي بحيث يتميز فصل يتميز لا التعريف الحقيقي ، أو يكون قوله كالحطة ، ولشعر ، وغيرهما من الحبوب ، والإدهان دخلاً في التعريف ، فيكون انكشفه بهذه الأمثلة ، وإنما وجب ضمان المثلي بالمثل للاجماع ، ولطهر قوله تعالى . ﴿ بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ^(١) ، ولأن مثل الشيء أقرب إليه من غيره ، فإذا تعلقت العين وحسب المصير إلى الأقرب .

قوله . (فإن تعذر فالقيمة يوم الإقباض لا الأعواز)

وذلك لأن الواحد في النمة هو المثل ، فمسر رادة التسليم ينتقل إلى القيمة لو تعذر المثل ، ولو وجبت القيمة وقت الأعوار لكان إذا تمكن من المثل بعد الأعوار ولم ^(٢) يسلم الموص لا يحزى تسليم المثل ؛ لاستقرار القيمة في الدمة ، والأصل بقاؤها ، والثاني باطل .

ولا يحصى أن في ذكر اليوم توسعاً ، فإنه لو اختلف الحال في يوم واحد اعتبر ما ذكر . واعلم أن المراد من تعذر المثل ، أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه ، كذا ذكر في التذكرة ^(٣) ، ولم يحد ما حواليه والظاهر أن المرجع فيها إلى العرف .

قوله : (وإن حكم الحاكم بها يوم الأعواز)

لأن حكم الحاكم لا يغير الثابت في دمة ، والثابت هو المثل (إلى حين

(١) سورة البقرة ١٩٤

(٢) في (ق) ولما

(٣) التذكرة ٢ : ٣٨٣ .

وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأي ، وأرفع القيم من حين الغصب الى حين التلف على رأي ، ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك .

التسليم ، وإلا لم يجب المثل (١) ولو وجد حيثئذ ، وبهذا صرح الشيخ (٢) والجماعة (٣) ، وكأنه رد به على بعض العامة

قوله : (وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على رأي) .

هو رأي الشيخ في المبسوط (٤) ، ووجهه أنه أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب . ويصنف بأن ضمانها إنما يراد به كونها لو تلفت لوجب بدلها ، لا وجوب قيمتها حيثئذ ، ولا ينافي أن الواجب مع وجود العين هو ردّها ، وإنما ينتقل إلى القيمة عند التلف

قوله : (وأرفع القيم من حين الغصب الى حين التلف على رأي)

هذا قول الشيخ في المبسوط أيضاً (٥) ، وقوله في الخلاف (٦) ، واختاره ابن حمزة (٧) ، وابن أديس (٨) ، ووجهه : أنه لو تلفت وقت الزيادة لكانت مضمونة فكذا إذا تلف بعدها ، ولأصح أن الواجب قيمته حين التلف ، وهو مختار ابن البراج (٩) ، والمصنف في المختلف (١٠) ، وفي الدروس : أنه قول

(١) لم ترد في ١٢٥ .

(٢) الخلاف ٢ : ٩٧ مسألة ١ كتاب الغصب، المبسوط ٣ : ٦٠

(٣) انظر: حاشية إمامة الطائين ٣ : ١٣٧ - ١٣٨ .

(٤) المبسوط ٣ : ٦٠

(٥) المبسوط ٣ : ٧٢ .

(٦) الخلاف ٢ : ٩٨ مسألة ١٤ كتاب الغصب

(٧) الوصيلة : ٣٢٢

(٨) المرآة : ٢٧٦ .

(٩) جواهر الفقه (الجوامع المفيدة) : ٤٣٣

(١٠) المختلف : ٤٥٨ .

وإذا كُسرت الملاهي فلا ضمان ، فإن أُحرقت ضمن قيمة الرضاخص ، وكذا الصليب والصنم ، والمستولدة ، والمذبر ، والمكاتب المشروط ، وغير المؤدي كالعبد في الضمان . والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت .

الأكثر (١) .

وإن الأنسب بعقوبة الغاصب وحبوب أعلى القيم وما صححناه أصح ، لأن العين ما دامت موجودة لا حق لمالكها في القيمة ، إنما يتقل حقه إلى القيمة عند تلفها وحيث يعتبر قدرها ، لأنه لأول وقت وجوبها (٢) وعقوبة الغاصب بخير وجه لا يجوز .

وهذا كله إذا كان اختلاف القيمة مستنداً إلى السوق مع بقاء العين بحالها ، أما إذا استند نقص القيمة إلى نقص في العين ثم تلفت فإن الأعلى مضمون قطعاً .

قوله : (وإذا كُسرت الملاهي فلا ضمان) .

لا ريب في ذلك ، لأن تلك الهيئة محرمة ، لكن في الحد الذي يجوز بلوغه بالكسر عبارات للعمامة ، وليس يبعد جواز كسر ما يخرج بكسره عن الاستعداد لعمل آلة اللهو منها ، لأنه رجز لمن هي له .

قوله : (فإن أحرقت ضمن قيمة الرضاخص)

لأن الرضاخص وهو ما يبقى منها بعد الكسر محترم .

قوله : (والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت) .

احترز بالمباحة عن المحرمة كالغناء ، واللعب بآلات اللهو . والمراد بـ (الفوات) : ذهابها بغير استيفاء ، وبـ (التفويت) : استيفائها ، ووجه ذلك

(١) الدروس : ٣١٠ .

(٢) في (م) . وجودها .

ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزم أجره أعلاها أجره ،
ولا تجب أجرة الكل .

ومنفعة البضع لا تضمن بالفوات وتضمن بالتفويت ، فلو وطأ وجب
مهر المثل .

وتضمن منفعة كلب الصيد وما صاده به للغاصب ،

إنها أموال تدخل تحت اليد ، لأن منافع المملوك مملوكة

قوله : (ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه أجره
أعلاها أجره ، ولا تجب أجرة الكل) .

لعدم إمكان استيفاء الكل دفعة واحدة ، والمنفعة العليا من جملة ما فات
تحت اليد فتجب أجرتها ، المراد أجره المثل .

قوله : (فلو وطأ وجب مهر المثل) .

ولا يجب بدون الاستيفاء ، لأن منفعة البضع ليست كسائر المنافع فلا
يضمن بالفوات ، والظاهر أن المهر للسيد وإن كانت زوجة ؛ لأنها مملوك للسيد
دون الزوج ، وإنما يملك الانتفاع بحسب مراجعته

وقيل بوجوب العشر ونصفه مع الكارة والثبوتية ؛ للرواية^(١) ورده ابن
أدریس^(٢) ، لكون الرواية في وطء المشتري لا العاصب فلا يلحق به

قوله : (ويضمن منفعة كلب الصيد) .

وكذا منفعة باقي الكلاب التي يجوز اقتناؤها

قوله : (وما صاده به للغاصب) .

أي : ما صاده الغاصب بالكلب المعصوب له ؛ لأن الكلب آلة والمكتسب

(١) التهذيب ٧ . ٦١ ، ٤٨١ ح ٢٦٦ ، ١٩٣٥

(٢) السرائر ٢٧٨

ولو اصطاد العبد المفصوب فهو للمالك ، وفي دخول الأجرة تحته نظر
أقربه العدم . ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلاً بأفة سماوية ضمن
الأرض والأجرة لما قبل النقص سليماً ولما بعده معيماً ،

إنما هو المصطاد به .

قوله : (ولو اصطاد العبد المفصوب فهو للمالك) .

أي : لو بحث الغاصب العبد المفصوب على الاصطياد فاصطاد فإن ما
اصطاده فللمالك ؛ لأنه صالح للاكتساب ، بخلاف الكلب الذي هو محصر آلة ،
ولما كانت يده يد مولاة كان ما يكتسبه للمولى .

قوله : (وفي دخول الأجرة تحته نظر ، أقربه العدم)

أي في دخول أجرة اصطيد العبد تحت ما حصل بصيده وقبل ما
للمالك معنى احتسابه عن الأجرة ، فإن لم ترد لم يجب غيره ، وإن رادت
وجب الزائد فيه بطر ، يشأ من أن ذلك هو الحاصل بصيده ، فدا استحققه
فقد ردت المنفعة إليه ، ولأن المالك إذا اصعد لا يزيد على هذا

ومن أن المنفعة ملك برأسه ، والحاصل بالاصطياد ملك حصل
بالاكتساب والحيازة للمباح ، وأحدهما غير لأخر ، وكون الاصطياد بسبه لا
يقتضي كونه إياه ، والمنفعة تحت يد الغاصب مملوكة للمالك فائنة بغير رصده .

والمرق بين هذه وبين ما اذا اصطاد بأمر مالك أن المنفعة قد استوفاهما
المالك بأذنه ، وهي هنا مضمونة على الغاصب ، وهذا هو وجه القرب ، ولا
ريب في ضعف الوجه الأول ، فالأصح عدم لدخول

قوله : (ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلاً بأفة سماوية
ضمن الأرض والأجرة لما قبل النقص سلباً ولما بعده معيماً) .

ووجهه أن ما قبل النقص كانت منفعة تامة بسلامته ، بخلاف ما بعده

وإن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب المساواة للأول
فتثبت الأجرة والأرض ويحتمل وجوب الأكثر من الأرض والأجرة .

فقد انتقصت بنقص العين وتعيبها ، وقد وجب عوض الفاتت من حين فواته ،
وهو أرضه ، فلا يجب شيء آخر ، لأن وجوب أجرة شيء معلوم بعد علمه لا
يعقل ، لكن قوله : (بأفة سماوية) لا يحلو من مناقشة ، لأن فواته بفعل
الغاصب أو اجني كذلك .

إلا أن يقال : إن (مثلاً) يراد لكل من سقوط عضو (آفة) سماوية وهو
خلاف الظاهر .

قوله : (وإن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب
المساواة للأول ، فتثبت الأجرة والأرض ، ويحتمل وجوب الأكثر من
الأرض والأجرة) .

أي : لو كان نقص القيمة باستعمال المعصوب المثلي له لو كان ثوباً ولم
يكن ذلك لسقوط عضو الأقرب المساواة للأول ، أي : لما إذا انتقص بسقوط
عضو فتثبت الأجرة والأرض معاً ، ومتى ثبت الأرض فالأجرة على حد ما سبق
من أنه قبل النقص تجب أجرته سليماً ، وبعده تجب أجرته ناقصاً .

ووجه القرب تعدد السبب ، فإن الأجزاء الناقصة بدلها الأرض ،
والمنفعة - وهي اللبس - غيرها فيجب عوضها وهو أجرة المثل ، لأن الأصل في
الأسباب إذا اجتمعت عدم التداخل ، ويحتمل أكثر الأمرين ، فإن نقص
الأجزاء ملحوظ في الأجرة لوجهين :

أحدهما : أن المستأجر لا يضمن الأجزاء الناقصة قطعاً ، وفي المستعير
كلام سبق ، فلولا أنها ملحوظة لوجب ضمانها . الثاني : أن ما ينقص
بالاستعمال تعتبر أجرته زائدة على ما لا ينقص به ، فلولا كونها ملحوظة لم
تتحقق الزيادة .

ولو غرم قيمة العبد الأبق ضمن الأجرة للعدّة السابقة على الغرم ، وفي اللاحقة اشكال .

الركن الثالث: الواجب : وهو المثل في المثلي ، والقيمة العليا في غيره على رأي .

وكل منهما ضعيف ؛ لأننا لا نعلم أن الأجراء الناقصة ملحوظة ، ولم لا يكون سقوط بدلها للأذن في الاستعمال الشامل لاتلافها ، وقد بينا أن المستعير لا يضمنها مع عدم التضمين ، وثبوت الريادة المذكورة غير معلوم ، والأصح ثبوت الأمرين معاً . والفرق بين هذه وبين ما قبلها^(١) : أن نقص عضو (من العبد)^(٢) لا يتصور تبعيته للمنفعة بخلاف الثوب .

قوله : (ولو غرم قيمة العبد الأبق ضمن الأجرة للعدّة السابقة على الغرم وفي اللاحقة اشكال) .

وجه الأول ظاهر ، فإنه مملوك للمعصوب منه حيثن قطعاً ، ومشأ الاشكال في الثاني . أن الواجب على الغاصب حيثن هو دفع القيمة ، فإذا دفعها برىء ، ولأن القيمة عوض المفعسوب ، فإذا قبضها المالك لم يبق له على الغاصب من ذلك المال حق ، وإلا لم يكن عوضاً .

ومن أن معنى النصب باق ، ومالك المولى لم يزل ، وقبض القيمة لم يكن للمعاوضة إنما كان للحيلولة ، وهو لا يقتضي زوال سلطنة المالك ، والمسألة موضع توقف .

قوله : (وهو المثل في المثلي ، والقيمة العليا في غيره على رأي)

قال الشارح : إن هذا ليس إشارة إلى الخلاف في أن الواجب القيمة العليا أم غيرها ؛ لأنه قد سبق ، بل في أن المثلي يضمن بالمثل مع وجوده لا

(١) في «م» : وما قبلها .

(٢) لم ترد في «م» .

ولو تلف المثلي في يد الغاصب ، والمثل موحود فلم يخرمه حتى
فقد ففي القيمة المعبرة احتمالات :

غير ، وذكر أن المخالف اس . سعيد فإنه قال : يتحير المعصوب منه في القيمة
والمثل ، لأن الضمان إنما هو باعتبار المالية ، ويحصل استدراكها بالقيمة من
غير حيف .

ثم قال : والحلاف هنا في التفصيل ، وهو اختصاص المثلي بالمثل مع
وجوده ، وغيره بالقيمة^(١) .

قلت لا ريب أن هذا حلاف المتبادر من العبارة ، وهذا الحلاف يكاد
يكون مضمحلاً لا يلتفت اليه .

ثم إن ذكر العلوي قد يشعر بحلاف ما ادعاه ، لأن الحلاف على ما ذكر في
المثل والقيمة لا في القيمة العليا ، فحيث ذكر التقيد بالعليا اقتضى ذلك أن
المقابل لهذا الرأي ما ليس كذلك ، وهو القول بأن القيمة ليست هي العليا ،
والذي فهمه الشارح الآخر حلاف ما فهمه ولد المصنف فإنه قال في شرحها .
هذه تقدمت .

قوله : (ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود فلم يخرمه
حتى فقد ففي القيمة المعبرة احتمالات) .

لو لم يكن المثل موحوداً وقت التلف فالظاهر أن الواجب قيمة التالف ،
أما مع وجوده وعدم التعريم إلا بعد فقد فإنه قد استقر في الذمة فيرجع إلى
القيمة ، وهي تعيينها للشافعية عشرة أوجه ذكرها المصنف في التذكرة^(٢) ، وذكر
هاها خمسة .

(١) إيضاح العوائد ٢ : ١٧٥ .

(٢) التذكرة ٢ : ٣٨٣ .

أ : أقصى قيمته من يوم الغصب الى التلف ، ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال .

قوله : (أقصى قيمته من يوم الغصب الى التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال) .

سوق الكلام يقتضي أن الضمير في (قيمته) يعود الى المثل ؛ لأنه المحدث عنه والمطلوب معرفة قيمته ، ولأن نصهر أن مرجع الضمير في الكل واحد ، ولا لزم الاختلاف بغير ما ميز .

ولا ريب أن الضمير في (قيمته) في الاحتمال الثاني إما يعود الى المثل ، ولأن القيمة المذكورة في باقي الاحتمالات هي قيمة المثل ، فالظاهر أن هذا الاحتمال أيضاً كذلك ، والذي فهمه المفسرون أن الضمير يعود الى المفسوب^(١) .

وقوله في العبارة : (ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال) تشهد لهما ، وكذا في قوله : (من يوم الغصب الى التلف) اشعر بذلك ؛ لأن المفهوم من يوم غصبه الى يوم تلفه ، ووجهه على ما فهمه أن الواجب المثل مع وجوده ، فمع فقد حري مجرى ما لا مثل له فوجب القيمة ، ولأن التالف على المالك هو المفسوب لا مثله فوجب قيمته .

والذي في التذكرة خلاف هذا ، فإنه قال في الاحتمال الأول : إن الواجب اقتضى قيمته من يوم الغصب الى التلف ، ولا اعتبار بزيادة قيمة أمثاله بعد تلفه كما في المتقومات ، ولأن المثل جار في الوجوب مجرى المفسوب ، فإذا تعدر صار بمنزلة تلف المفسوب ، والمفسوب اذا وجبت قيمته وجب أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف^(٢) . هذا كلامه .

(١) لفتح المواضع : ١٧٥ .

(٢) التذكرة ٢ : ٣٨٣ .

ب : أقصى قيمته من وقت تلف المصوب الى الاعواز .

ج : أقصى القيم من وقت الغصب الى الاعواز .

والتعليل الثاني كالصريح في أن المراد : قيمة المثل ، ويؤيده أنه لما كان تلف المثلي والمثل موجود وجب المثل وانحصر الوجوب فيه ، وصار الأصل متروكاً اذا سقط وجوبه من الذمة وانتقل الحكم الى البدل^(١) ، فلذا تعذر وجبت القيمة ، نظراً الى جميع اوقات الصمان ، وهو من حين الغصب الى التلف ، فاعتبر اعلاها قيمة بناء على وجوب القيمة العليا في القيمي .

ولا ينظر الى قيمة الامثال بعد تلف المصوب ، بل من حين الغصب الى حين التلف خاصة ، كما في المتقومات فإننا إنما نعتبر القيمة فيها من الغصب الى التلف على ذلك التقدير . ويضعف بأن ذلك لو تم لوجب^(٢) اعتبار قيمة الامثال الى حين التسليم .

قوله . (أقصى قيمته من وقت تلف المصوب الى الاعواز) .

أي قيمة المثل بعير شك ، ووجهه : [ان]^(٣) انتقال الحكم الى البدل الذي هو المثل إنما هو حين تلف المصوب ، إذ مع وجوده إنما يجب رده ، وبعد^(٤) تعذره انتقل العرض الى القيمة .

ويضعف بأن المثل لا يسقط من الذمة بتعذره ، واداء الدين لا يسقط بتعذر أدائه ، ولهذا لو تمكن من المثل بعد ذلك وجب المثل دون القيمة ، فما دام لا يأخذ المالك القيمة فالمثل ثابت في الذمة بحاله .

قوله : (أقصى القيم من الغصب الى الاعواز) .

(١) في «ق» و«م» : التلف .

(٢) في «ق» : لو لم يوجب .

(٣) لم تره في «ق» و«م» .

(٤) في «ق» و«م» : بعد .

د : أقصى القيم من وقت العصب إلى وقت دفع القيمة .

هـ : القيمة يوم الإقباض .

ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا ترد القيمة ، بخلاف القدرة على العين .

وجهه يعلم من الوجهين في الاحتمالين الأولين ، فإن المثل لما جرى مجرى المصوب كانت قيمته في جميع أزمان ضمان المصوب مضمونة إلى زمان تعذره .

قوله : (أقصى القيم من وقت العصب إلى وقت دفع القيمة) .

لكون قيمة المثل معشرة مدة زمان وجوبه أو وجوب بدله ، فإنها مضمونة بضمنان أصلها فيحب الأقصى تقريباً على أي جانب على القيم في القيمة

قوله : (القيمة يوم الإقباض) .

هذا هو الأصح ؛ لأن الواجب هو المش ، فإذا دفع بدله اعتبرت البدلية حين الدفع (فحينئذ تعتبر)^(١) القيمة .

فإن قيل : قد سبق في كلام المصنف أن الواجب قيمة المثل يوم الاعواز ، فما هذه الاحتمالات :

قلنا : ذكر الاحتمالات لا ينافي اختياره واحداً منها ، وإن كان ذكر الفتوى عند ذكرها أولى وأبعد عن الوهم .

قوله : (ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا يرد القيمة ، بخلاف القدرة على العين) .

أي : لو غرم قيمة المثل لتعذر ثم قدر عليه لم يكن لواحد منهما استرداد

(١) في قوله : بغير .

ولو أتلّف مثلياً فظفر به في غير المكان فالوجه إلزامه بالمثل فيه .

ولو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم ، بأن أتلّف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعاً على نهر ، أو أتلّف جمداً في الصيف ثم

القيمة ؛ لأن المثل إما وجب بدلاً لتعذر المبدل ، وقيمة المثل كذلك ، وتعذر المبدل منه باق فلا يثبت الاسترداد . بخلاف ما لو غرم القيمة - للحيلولة - ثم قدر على العين ؛ لأن الحق لم يسقط من العين بالكلية ، ودفع القيمة إنما كان للمحافظة على حق المعصوب ^{مخبر}

قوله : (ولو أتلّف مثلياً ثم ظفر به في غير المكان فالوجه إلزامه بالمثل فيه) .

هذا قول ابن أبي ريث ^(١) ، ووجهه أن وجوب الأداء ثابت على الفور فلا يجوز التأخير ، ولا تراعى مصلحة من حقه أن يؤخذ بأشق الأحوال ، فلا فرق بين كون المثل في مكان المطالبة أعلى قيمة أو لا

وقال الشيخ : إنه إذا كان لنقل المثل مؤونة ، واختلفت القيمتان في البلدين ، وكانت قيمة بلد المطالبة أعلى يتحيز المعصوب منه بين أن يأخذ قيمة بلد الغصب في بلد المطالبة ، أو يصير إلى بلد الغصب ليستوفي ذلك للصرر المتقى ^(٢) .

والأصح الأول ، لأن الحق فوري ، وتأخير الأداء ضرر ، والضرر لا يزال بالصرر ، وحق الغاصب المؤاخدة بالأشق دون الارفاق بحاله

قوله : (ولو خرج المثل باختلاف الزمان والمكان عن التقويم ، بأن أتلّف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعاً على نهر ، أو أتلّف جمداً في الصيف

(١) السرائر : ٢٧٨

(٢) المبسوط ٣ : ٧٦

اجتماعاً في الشتاء احتتمل المثل ، وقيمة المثل في مثل تلك الممازة أو الصيف .

ثم اجتماعاً في الشتاء احتتمل المثل ، وقيمة المثل في مثل تلك الممازة أو الصيف .

وجه الأول : إقتضاء الدلائل الدالة^(١) على وجوب المثل في المثلي وجوبه مطلقاً من غير تفاوت بالزمان والمكان

وجه الثاني . خروج عن المثلية بكونه لا قيمة له ، وقد ذكر الشارح تحقيقاً لا حاصل له^(٢) والأصح أن المثل إما يعتبر إذا كان متقوماً ، أما إذا لم تكن له قيمة أصلاً فإنه لا بعد مالا عرفاً ، فكيف يقع عوضاً عن مال ثابت في الدمة ، ولا اعتبار بالمماثلة (في الصورة)^(٣) .

لكن نقائل أن يقول لا يلزم من هذا وجوب قيمة المثل في مكان الاتلاف أو زمانه ، بل إنما تعتبر قيمته وقت خروجه عن التفويم؛ لانه وقت تعدده حيث^(٤) وتعدر الوقوف على قيمة اخرى له .

نعم لو قلنا بأعلى قيم المثل ثم له ما ذكره ، وشيخها في اللروس^(٥) .
اختار ما اختاره المصنف هنا ، وهي التذكرة^(٥) ، مع أنه لا يقول بوجوب اعلى لقيم .

ويمكن الجواب : بأنه لما حرج مثل عن التفويم خرج عن كونه للواجب ، فتعين الرجوع الى قيمة المصنوب وكيف كان فالمختار هو وجوب

(١) في «ق» : الدين الدال .

(٢) ايضاح الموائد : ١٧٧ .

(٣) لم ترد في «ق» .

(٤) اللروس : ٣٠٩ .

(٥) التذكرة : ٢ : ٣٨٣ .

ولو أتلف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ : من
مساواة الغاصب غيره ، وعدمها ،

القيمة ، ولا محيد عن مختار الاصحاب وغيرهم في ذلك

فروع :

الأول : هذا الحكم إنما يستقيم مع خروج المثل عن التقويم أصلاً ، فلو
بقي له قيمة وإن قلت فالمثل بحاله

الثاني : لو ظفر المالك بالغاصب في غير محل الغصب أو الائتلاف
للمثلي ، وكانت قيمته أقل من قيمة مكان الغصب فهل للمالك الامتناع من
قضى الدل الى موضع الائتلاف ، خصوصاً إذا كان حمله يحتاج الى مؤونة وكان
غير بلده ؟ فيه تردد .

الثالث : لو اجتمعاً بعد أخذ القيمة في مسألة الكتاب في مثل تلك
المفارة ، أو في الصبف وقد أخذ لقيمة فهل يترادان ويأخذ المثل ؟ قال المصنف
في التذكرة . الأقوى عندي المص^(١) ، وهو جيد ؛ لأن المثل ليس هو عين المال
وقد انحصر الحق فيما أخذه .

قوله (ولو أتلف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال
ينشأ : من مساواة الغاصب غيره ، وعدمها) .

هذا بناء على تحريم اتخاذ الأنية ، وإلا فلا اشكال في ضمان الزائد
بالصنعة . فأما على القول بالتحريم ففي ضمان الغاصب زائد الصنعة اشكال
ينشأ : من مساواة الغاصب غيره في أن ما يحرم لا يصمته لوجوب اتلافه وعدمه
نظراً الى عنوانه ، والصنعة في حد ذاتها قيمة وإن كانت محرمة في نظر
الشرع .

فإن أوجبناه ففي التضمين بالمثل أشكال يشأ . من تطرق الربا ، وعدمه
لاختصاصه بالبيع .

ولو اتخذ من السمس السشرح تحير بين المطالبة بالسمس أو
بالشريح ، والكسب والأرض إن نقصت قيمته ، أو بالشريح والناقص من
السمس .

والتحقيق : أنه لا يتصور العدوان بربنة المحرم ؛ لأن دفع المكر^(١)
واجب على جميع المكلفين ، وليس من شرطه نية بقرنة وإن كانت شرطاً في
حصول الثواب ، واقتراح محرم بأمر آخر لا يقتضي تحريمهما
وربما قيل إنه يلزم مثل ذلك في آلات النهو ويمكن الفرق بالتفاوت
في التحريم ، فإنه هناك اعطى بحلاف الآية .

قوله : (فإن أوجبناه ففي التضمين بالمثل أشكال يشأ : من تطرق
الربا ، وعدمه لاختصاصه بالبيع

أي فإن أوجبا صناد الصعة هي تضمين الآية بمثل جوهرها أشكال ؛
لوجوب الريادة في مقابلة الصعة فيحي ، احتمال ثبوت الربا وعدمه ، نظر إلى
التردد في عمومها المعاوزات أو اختصاصه ، والأصح عموم لاطلاق النهي عنه
في الآية

فرع . لو اتلف الصعة فقط فإنه يصممها على الاحتمال ، ولا حجر في
كون ضمانيها من جنس جوهر الأبناء لانتفاء الربا هنا
قوله : (ولو اتخذ من السمس لشريح تحير بين . المطالبة
بالسمس ، والشريح والكسب والأرض بـ نقصت قيمته ، أو بالشريح
والناقص من السمس) .

ولو تعذر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر .

أي : يتحيز المالك في هذه الحالة بين ثلاثة أشياء : المطالبة بالسهم ؛ لأن عين المال بمنزلة التلف فيرجع إلى المثل ، والمطالبة بالشيرج والكسب ؛ لأن هذا هو مال المالك وإن تغيرت صورته . لكن إن نقصت القيمة عن قيمة السهم ضمن الأرض ؛ لأن النقصان بفعل العاصب والمطالبة بالشيرج والناقص عن قيمة السهم ، هذا هو الطاهر من قوله : (والناقص من السهم) .

ويحتمل أن يكون المراد ، والناقص من نفس السهم فيأخذ مثل ما نقص ، وهو بعيد ، ولا يكاد يتحصل له معنى ، فإنه لا يعرف نسبة الشيرج إلى حين السهم . ووجه هذا الاحتمال أن الكسب أقرب إلى التلف ؛ لأنه ثقل الشيرج .

إذا عرفت هذا ، فعلى ذكره المصنف في هذه المسألة لا يستقيم ؛ لأنه إن بقي المال بعد تغير صورته وصمته على ملك المالك لم يكن له (اختيار في المطالبة بالبدل ، وإن حرج بالعمل المذكور لم يكن له)^(١) أحده باختياره

هذا مع أن تصرف العاصب لا يخرج العين عن ملك المالك بأي وجه كان على الأصح كما سيأتي ، فلا وجه لما ذكره هنا ، ويبغي التثبت في تأمله إلى أن يظهر الصواب ، ولم اظفر بالمسألة في غير هذا الكتاب إلى الآن .

قوله : (ولو تعذر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر) .

ينشأ : من لزوم الضرر المنهي ، فإنه يمكن معاندة البائع وطلب إضعاف قيمة المثل ، ومن صدق القدرة على المثل والأصح الوجوب ، فإن الضرر لا يزال بالضرر ، والغاصب مؤاخذ بأشق الأحوال فلا يسلبه التخفيف ، وهو الأصح .

(١) لم ترد في ١٢٥ .

ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة ، فإن عاد تراداً .
وللغاصب حس العبد الى أن يرد القيمة عليه على اشكال فإن تلف العبد
محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الأولى .

قوله : (ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة ، للحيلولة ، فإن عاد
تراداً) .

أي لو أبق العبد من يد الغاصب ضمن في الحال القيمة ، للحيلولة بين
المالك وبينه في يده وهي يد ضمان ، ويمثلت اسمك القيمة المأخوذة فيتصرف
بها أي تصرف أراد ، فإن عاد وجب رد كل من المالك الى مالكه متى طلبه
أحدهما ، بل يجب على الغاصب رد العبد مصقاً على الفور ، فإن العبد لم
يخرج عن الملك فأحد القيمة لأهل الحيلولة . ولو تلفت القيمة المأخوذة
للحيلولة فلا تصريح فيما أعلمه الآن ، لكن ظاهر احتلاهم أن العبد باق على
المالك يقتضي وجوب البذل .

واعلم ان هذا اشكالاً ، فإنه كيف تحب القيمة ويملكها بالأحد ويبقى
العبد على ملكه وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتصح معاً .

قوله : (وللغاصب حس العبد الى أن يرد القيمة عليه على اشكال)

ينشأ من أنه دفعها عوضاً عنه حس المموص الى أن يقصر الموص
كمسائر المعاوضات ، ومن أنها ليست معاوضة حقيقة ، وإنما قبضه المالك
ارتفاقاً ومحافظة على مصلحته ، وقد كان تسليم العبد واجباً على الفور ،
والأصل نقاؤه .

ولا يجوز حس مال في مقابل مال آخر قد حسه مالك المال الأول ظلماً ،
لأن من ظلم لا يظلم ، والأصح أنه ليس له ديث .

قوله : (فإن تلف العبد محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع
الأولى) .

ولو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة ففي تقديم أحد الأصليين نظر .

هذا مبني على جواز الحس؛ لأن المصنف يرى القول بأعلى القيم ، ووجه القرب . إن حكم الغصب قد رال بدليل جوار الحبس إلى أن يقبض ما دفعه للمحلول ، وهذه اليد غير الأولى لكونها مستحقة ، وجوب رد المالك القيمة الأولى ، فإذا تلف ضمنه بقيته وقت التلف ، فيسترجع^(١) القيمة الأولى ، وكان حقه أن يقول . يسترجع لرائد

قال الشارح الحميد . هذا بما يمتشى على وجوب قيمة يوم التلف ، أما لو أوجب الأكثر كان له الأكثر من القهشير الأولى والثانية هذا كلامه ، ووجهه . أنه إن كان الأقل هو القيمة الأولى فإنه قد دفعها عوضاً عن العين باستحقاق^(٢) فلا يجب ما سؤلها . وإن كان الأقل هو الثانية فهي المستحقة بالتلف؛ لأن الأولى للمحلول وقد رالت بجواز الحس وفيه نظر؛ لأن المدفوع للمحلول لم يكن عوضاً عن العين قطعاً ، ولهذا لا يحرج بذلك عن ملك المالك ، ولا يستقر ملكه على المدفوع . وحيث كانت العين باقية على ملك المالك مضمونة على العاصب وخرج بجوار الحبس إلى أن يقبض القيمة عن كونه عاصباً وحت قيمة يوم التلف ، على ما احترناه من وجوب قيمة يوم التلف ، فالواجب قيمة يوم التلف ها ، والأصح أنه لا يجوز له الحبس بذلك كما سبق فلا يتغير الحال

قوله : (ولو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة ففي تقديم أحد الأصليين نظر) .

يشأ : من تعارضهما ، فإن الأصل برامة الذمة من أرش ذلك ، والأصل السلامة في العدد إلى حين اثبات يد عليه ، فتعارضهما أوجب التردد .

(١) في «ق» : فيرجع .

(٢) في «ق» : من العين باستحقاقه

والذهب والفضة يضمنان بالمثل لا نقد البلد على رأي ، فإن تعذر
واختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه بالنقد ، وإن اتفقا فيه وفي
الوزن ضمنه به ، وإن اختلفا في الوزن قوم بغير جنسه حذراً من الربا

ولا يخفى أن التعارض غير واضح ؛ لأن أصالة السلامة من العيب تقتضي
شغل ذمة الغاصب بضمان جميع العبد ، ومع ذلك فلا يبقى أصل البراءة (كما
كان)^(١) لوجود الناقل عنه ، ولأن الأصل عدم تقدم العيب ، والأصح تقديم
قول المالك بيمينه .

قوله : (والذهب والفضة يضمنان بالمثل لا نقد البلد على رأي)
لعموم : المثل في المثلي ، وقيل الشيع بضمنان نقد البلد ، فيراعى
التعصيل الآتي^(٢) ، والأصح الأول ، فلا يعتبر التعصيل إلا بعد تعذر المثل .
قوله : (فإن تعذر واختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه
بالنقد) .

لانتفاء الربا مع اختلاف الجنس .

قوله : (وإن اتفقا فيه وفي الوزن ضمنه به) .
لانتفاء المحذور .

قوله : (وإن اختلفا في الوزن قوم بغير جنسه حذراً من الربا) .
إلا أن يرصى بدفع المساوي

(١) لم ترد في ٤٢٨ .

(٢) المبسوط ٣ : ٦١

المطلب الثاني: في الأحكام . وفصوله ثلاثة .

الأول: في النقصان ولا عبرة بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين على صفاتها ، فلو سارى يوم الغصب عشرة ويوم الرد واحدا فلا شيء عليه ، فإن تلف وجبت العشرة .

ولو تلف بعضه حتى عد الى نصف درهم بعد رد الأصل الى درهم وجب القدر الفائت وهو النصف ، بنصف أقصى القيمة وهو خمسة مع الباقي .

ولو عادت قيمته بالإبلاء الى خمسة ، ثم انخفض السوق فعادت

قوله : (المطلب الثاني: في الأحكام ، وفصوله ثلاثة . الأول : في النقصان ، ولا عبرة بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين على صفاتها) . لأن الواجب حينئذ رد الملك الى مالكه ، وتغير السعر في الحقيقة مرجعه الى قوات شيء من اكتساب مال في مقابله^(١) .

قوله : (ولو تلف بعضه حتى عاد الى نصف درهم بعد رد الأصل الى درهم وجب القدر الفائت وهو النصف بنصف أقصى القيمة وهو خمسة مع الباقي) .

المراد بتلف البعض : تلف النصف بدليل ما بعده ، وجوب خمسة مني على وجوب أعلى القيم مع التلف ، وقد علم ضممه .

قوله : (ولو عادت قيمته بالإبلاء الى خمسة ، ثم انخفض السوق

(١) في (م) : ماله في مقابله

قيمته الى درهم لرمه مع الرد الخمسة الناقصة بالإبلاء ، ولا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي .

ولو كانت القيمة عشرة فأبلاء حتى مساوي خمسة ، ثم ارتفعت السوق فبلغت مع الإبلاء عشرة احتمل رده مع العشرة ؛ لأن التالف نصفه فلو بقي كله لمساوي عشرين ورده مع الحصة الناقصة بالاستعمال .

ولا عبرة بالزيادة بعد التلف ، كما لو تلف كله ثم زادت القيمة ،

فعادت قيمته الى درهم لرمه مع الرد الخمسة الناقصة بالإبلاء ، ولا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي) .

إذا كان المعصوب ثوباً ، ونحوه ^(١) أما بنفسه الإبلاء ، وكان يساوي عشرة بدليل قوله : (عادت قيمته بالإبلاء الى خمسة) مع قوله . (لرمه مع الرد الخمسة الناقصة) فأبلاء حتى عادت قيمته خمسة فيكون نقصه قدر النصف ، باعتبار الفات من العين والصفات ، ثم انخفض السوق فعادت قيمته ، أي قيمة المعصوب كله وهو المحدث عنه أولاً ، والباقي بعد الإبلاء الى درهم فاللزام قيمة التالف ، فإنه كان يساوي عند التلف حصة ، وأما الباقي فيجب رده لا ضمان ما نقص بالسوق منه كما علم غير مرة .

قوله : (ولو كانت القيمة عشرة فأبلاء حتى مساوي خمسة ، ثم ارتفعت السوق فبلغت مع الإبلاء عشرة احتمل رده مع العشرة ؛ لأن التالف نصفه ، فلو بقي كله لمساوي عشرين) .

ضعف هذا الاحتمال ظاهراً ؛ لأن زيادة السوق بعد التلف لا أثر لها ، واحتمال^(٢) كونه كالباقي ؛ لبقاء الأصل حيال^(٣) وهن^(٤) .

قوله : (ورده مع الخمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبرة بالزيادة بعد

(١) في النسختين المخطتين: ويحتمل.

(٢) في النسخة المصححة. ويحتمل كونه كالباقي في الأصل حال رده

وهو أقوى .

ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه ، بل يرد القطع مع الأرض .

ولو كان العيب غير مستقر ، كما لو بُلّ الحنطة حتى تعفنت ، أو اتخذ منها هريسة ، أو من التمر والسمن حلواء فإن مصيره إلى الهلاك لمن لا يريده فالأقوى رد العين مع الأرض .

التلف ، كما لو تلف كله ثم رادت القيمة وهو أقوى) .

أي : واحتمل^(١) رده إلى آخره ، ولا يخفى أن هذا الاحتمال أوجه ، وهو الأصح .

قوله . (ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه بل يرد القطع مع الأرض) .

لا خلاف بين أصحابنا في ذلك على ما ذكره في التذكرة^(٢) ، وكذا الشافعي^(٣) ، والمحالف فيه أبو حنيفة^(٤) ، وأحمد في إحدى الروايتين^(٥) ، وليس بشيء فإن ملك المالك لا يزول بفنائه السب الباقل

قوله : (ولو كان العيب غير مستقر ، كما لو بُلّ الحنطة حتى تعفنت ، أو اتخذ منها هريسة ، أو من التمر والسمن حلوى فإن مصيره إلى الهلاك لمن لا يريده فالأقوى رد العين مع الأرض) .

وجه القوة : بقاءه على ملك المالك ، إذ لا يخرج المملوك بإحداث حدث فيه عن الملك ، فيجب رده على مالكه وضمان ما نقص بالجناية ويحتمل ضمان المثلي بالمثل والقبلي بالقيمة ؛ لأنه كالهالك ، إذ هو مشرف على التلف

(١) في حقّه ويحتمل .

(٢) التذكرة ٢ : ٣٩٢ .

(٣) المجتبى ١٤ : ٢٤٣ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) المغني لأبي قدامة ٥ : ٤٠١ .

وكل ما نقص شيئاً ضمنه على اشكال ينشأ : من حصول الرأية بدفع العين وأرش النقص فيحوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه إلى أن يتلف ، ومن استناد النقص إلى السبب الموجود في يد الغاصب .

لو ترك بحاله فهو لمن لا يريد به منزلة الثالث ، وهو قول الشيخ (١) . وضعفه ظاهر ، إذ ليس بتالف وإن كان قد يؤول إلى تلف

ولا يخفى أنه إذا كان المحيط من العاصب كان فيه مع العيب المذكور الشركة ، ويعرف حكمها مما لو حلق ريته بالريت الذي غصبه ، وعلى كل حال فالأقوى ما قرأه المصنف .

قوله : (وكل ما نقص شيئاً ضمنه على اشكال ينشأ : من حصول الرأية بدفع العين وأرش النقص فيحوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه إلى أن يتلف ، ومن استناد النقص إلى السبب الموجود في يد الغاصب) .

أي بعد دفع العين مع الأرش كل ما تحدد نقص في العين ضمنه الغاصب على اشكال ينشأ : من حصول الرأية بدفع العين وأرش النقص ، لأنه الواجب ونظام الحق ، إذ لا يجب غيره حينئذ فلا يجب شيء آخر بعد ذلك . وفيه نظر ، لأن وجوبه حينئذ لا يقتضي كونه كمن الحق الواجب وإن كان كمال الحق الواجب حينئذ ، لعدم حدوث تلف شيء يكون مصموماً بعد ، فإذا حدث ضمنه ، لأنه مستند إلى جنابته .

ثم قول المصنف : (فيحوز) يحتمل أن يريد به كونه تتمعة لهذا الوجه ، وكونه وحياً برأسه ، فعلى الأول يكون المعنى وإن لم يبرأ بذلك يلزم الضرر على الغاصب ، إذ يجوز أن يعانده المالك إلى آخره

وعلى الثاني يكون المعنى : ولأنه على تقدير الضمان يجوز أن يعانده

المالك ، فيحصل الضرر وهو منفي بالحديث . والعبارة لا تفني بواحد من المعنيين ، وتصدير الجملة بالماء صيغها هي غاية العد عن الربط .

ومنع بطلان لزوم لصور على الغاصب وارد ، والحديث لا يدفعه ، فإن الضرر لا يزال بالصبر والعاصب مؤاخذ بالآشق .

ومن أن النقص الحادث مستند إلى فعل الغاصب فيكون كسرية الجاية

ويمكن الفرق بأن دفع سرية العناية غير داخل تحت القدرة بخلاف علاج نحو الهريسة ، فيكون ترك العلاج بمنزلة ترك شد العصب وترك علاج الجرح فلا يكون مضموماً ويحتمل أدفعه إلى العاصب واخذ الدلاء نظراً إلى تجدد العيب فهو بمنزلة التالف

واختار المصنف في التذكرة أخذ العين ، وأرشد العيب المستقر ، وأرشد ما يتجدد من العيب^(١) وهو واضح^(٢) إذا لم يتمكن المالك من العلاج ، فإن تمكن بسهولة ففيه تردد

فرع :

لو غصب شيئاً تنحوت قيمته بالنسبة إلى أربابه قال في التذكرة : الأقرب ضمان التعاوت أيضاً بالنسبة إلى ربه إن غصبه منه ، وإن غصبه من غيره لم يضمن بالريادة ، بل ما يساوي قيمته بالنسبة إلى ذلك الغير^(٣) . مثلاً لو غصب حبة إنسان بدين أو ملك ، ولا ريب أن قيمة تلك الحبة شيء يسير بالنسبة إلى غير مالئها ، وأما بالنسبة إلى مالئها (فإنها)^(٤) تساوي أكثر ، فإن غصبها وهي

(١) التذكرة ٢ ٣٩٠

(٢) في ٤٨ : الأصح .

(٣) التذكرة ٢ ٣٩١

(٤) لم ترد في ١٠١

ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق ، كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما ، وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلاثة ضمن سبعة وهي قيمة التالف مجتمعاً ونقصان الباقي . وكذا لو شق ثوباً نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ، ثم تلف أحدهما .

لصاحبها ضمن القيمة الرائدة ، وإن غصبها وهي لعبر مالكها لم يضمن الزيادة .

وكذا لو غصب شمشكاً ومبيعاً في العدة لا يلبسه إلا شخص واحد ، أو خاتماً كذلك ، وتتفاوت قيمة الشمشك والخاتم بالنسبة إلى كبير الرجل وغليظ الأصبع وصدهما . اقول هذا يكدر يكون ماقبلاً لقولهم : إن بعلة القاضي والشوكي لا يتفاوتان في قطع الذهب .

وينبغي أن يقال : إن هذا صحيح بالنسبة إلى خصوصية القاضي والشوكي في وجوب تمام القيمة ، أما كون النقص متفاوتاً باعتبار تفاوت تعطيل بعض المسافع وعدمه فلا يكون ما ذكره في التذكرة هنا صحيحاً .

قوله : (ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق ، كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما ، وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلاثة ضمن سبعة ، وهي قيمة التالف مجتمعاً ونقصان الباقي) .

لأن النقصان الحاصل في يده مستند إلى ذهاب شيء من العين مضمون عليه قطعاً ، وما كان من القيمة في مقابل اجتماع الزوجين بقص لفوات صفة الاجتماع في يده فيضمن سبعة .

قوله : (وكذا لو شق ثوباً نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ثم تلف أحدهما) .

وتتحقق المساواة في الحكم إذا كان أحد النصفين إنما يحصل كمال النفع به مع النصف الآخر ، بأن يكون جعله ثوباً إنما يتحقق بهما ، فمع فقد

أما لو غصب أحدهما وحده ، ثم تلف أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصة وهي خمسة . ويحتمل سبعة ؛ لأنه أتلف أحدهما وادخل النقص على الباقي بتعديده . ويحتمل ثلاثة ؛ لأنه قيمة المتلف . ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء .

يفوت هذا الفع فتقص قيمة الآخر بذلك .

قوله : (أما لو غصب أحدهما وحده ثم تلف ، أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصة ، وهي خمسة . ويحتمل سبعة ؛ لأنه أتلف أحدهما وادخل النقص على الباقي بتعديده ، ويحتمل ثلاثة ؛ لأنه قيمة المتلف) .

الفرق بين هاتين المسألة والتي قبلها - حيث أورد في هذه الاحتمالات الثلاثة ولم يورد في الأولى شيئاً - أن التلف في الأولى تحقق بعد اثبات الغاصب يده على الزوجين معاً ، فكان كلما يحدث من نقصان في القيمة مستنداً إلى نقصان في العين ، أو في الصفات مضموناً عليه قطعاً . وهنا لم تثبت يده على الزوجين معاً فجاء احتمال ضمان ما تلف في يده خاصة مظهراً فيه إلى إحدى صفتيه تارة وإلى الأخرى تارة ، وهي كونه مجتمعاً مع الزوج الآخر وكونه منفرداً عنه .

ولا ريب أن النقص الحاصل في الروح الباقي مستند إلى فقد صفة ، هي كونه مجتمعاً مع الزوج التالف وقد حصل منه فيجب أن يكون مضموناً عليه ، فيكون الاحتمال الثاني اقواها وأصحها الثالث .

قوله : (ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء) .

اذ لم يفت من المال شيء ، لكن جزاء فعله زيادة تغريبه وإهاتته ردعاً وزجراً .

ويجب رد العين المغصوبة ما دامت باقية ، فإن تعذر دفع الغاصب البديل ، ويملكه المغصوب منه .

ولا يملك الغاصب العين المعصوبة ، فإن عادت فلكل منهما الرجوع .

قوله: (ويجب رد العين ما دامت باقية، فإن تعذر دفع الغاصب البديل) .

المراد تعذره عادة ، ودفع البديل على طريق لوجوب اذا طلبه المالك ، ويكفي لوجوب دفعه تعذر دفع العير على الفور ، ولو كان يتمكن من الدفع بعد يوم مثلاً فهل يجب دفع البديل؟ اطلاق كلامهم يقتضي الوجوب ، ويناسبه أن الغاصب مؤاخذ بالأشئ ، ولم اقف على تصريح شعري أو اشئ .

قوله : (ويملكه المغصوب كمنه)

ولا لم يكن لدفعه فائدة ، بل كان محض كل على المالك ، ولأن الغرض من المحافظة على وصول ملكه اليه أو بدله على الفور ، ومقتضى كلامهم أن تملكه للحيلولة يقتضي أن لا يكون في مقابل العين المعصوبة ، وتحقيقه لا يخلو من اشكال .

قوله . (ولا يملك الغاصب العين المغصوبة فإن عادت فلكل منهما الرجوع) .

مقتضى ذلك بقاء العين المعصوبة على ملك المالك ؛ لامتناع كون الملك لا مالك له ، فإن عادت فلكل منهما الرجوع في العين بأن يدفعها الغاصب فيجب على المالك قبولها ، أو يرجع بها المالك .

ولا يخفى أن اطلاق الرجوع على لأول مجاز ، ويمكن أن يكون المراد : فلكل منهما الرجوع في العين والبديل . لكنه بعيد؛ لأن حكم البديل ستذكر فيه اشكال باعتبار وجوب دفعه لو طلبه لغاصب ، وهذا الجزم مناف له ،

وهل يجبر المالك على إعادة البذل لو طلبه الغاصب ؟ اشكال لا على رد النماء المنفصل وعلى الغاصب الأجرة إن كان ذا أجرة من حين

ويبعد جمع الخزم والتردد في مسألة واحدة بغير فاصل ، بل يفتح .

وهل يجبر المالك على إعادة البذل لو طلبه الغاصب ؟ اشكال ينشأ : من ثبوت الملك والأصل نقاؤه ، ومن أنه إما ملكه للحيلولة وقد زالت . قيل : لو كان بحيث يجبر على رده لكان مقصداً في البدلية ، إذ قد لا يرغب المعاملون فيه . وليس بشيء ؛ لأنه متى تعلق به حق ثالث وجب عوضه ، والأصح وجوب الرد فيجبر عليه .

والمعجب أن المصنف جرم فيما سبق بالتراد ، وتردد في أن للغاصب حس العين إلى أن يأخذ البذل ، وهذا يرد في اجبار المالك على الدفع لو طلبه الغاصب . وينبغي عدم التردد في وجوب الرد حيث أنه لأن هذا الملك ثبت على طريق القهر لأحد عدم وصول ملك المالك إليه .

فإن كان على جهة البدلية هذا استحق المالك ملكه وجب عود مال الغاصب إليه ؛ لامتناع زوال البدلية ، وعدم رجوع كل من البذل والمبدل إلى مالكه ، وإن كان على جهة الحيلولة فقد زالت فلا وجه لعدم الرد أصلاً ؛ لأن الحال دائر بين الأمرين .

صرح المصنف في التذكرة بأن القيمة المدعوة يملكها المقصوب منه ملكاً مراعى للحيلولة فيرول بزوالها^(١) وهو واضح .

قوله : (لا على النماء المنفصل) .

لأنه نماء ملك المالك ؛ لأنه في وقت النماء كان مالكاً للعين ، بخلاف المتصل فيجب رده مع العين .

قوله : (وعلى الغاصب الأجرة إن كان ذا أجرة من حين الغصب

الغصب الى حين دفع البدل ، والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك ، وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال ، وكذا المتصل والمنفصل على اشكال اذا تجدد بعد دفع البدل ،

الى حين دفع البدل) .

(لا ريب في ذلك إلا أن يد العاصب حيث يد عدوان محض وقد سبق تعيين الأجرة ، أما بعد دفع البدل)^(١) فهل تحب الأجرة أم لا ؟ سبق في مسألة الأبق اشكال في أجرته بعد دفع القيمة ، والذي يقتضيه النظر في الموصفين الوجوب ؛ لبقاء العصب كما كان

نعم على القول بأن للعاصب ليس بموصول إلى أن يقصر البدل يتأني عدم وحبوب الأجرة بعد دفعه القيمة ، ولا يتأني عدم استحقاق المالك ساء العين إلا على القول بثبوت البدلية ، وخروج العين عن ملك المالك

قوله : (والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك ، وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال) .

لا ريب في ذلك أيضاً ؛ لأنه ساء ملك المالك

قوله : (وكذا المتصل والمنفصل على اشكال اذا تجدد بعد دفع البدل) .

ينشأ : من أنه تجدد بعد براءته من عين بعد دفع القيمة ، ولم يثبت يده عليه ، ومن أن الدفع إنما كان لمكان الحيلولة وهو لا يقتضي الرعاة . والأصح استحقاق الرجوع به أيضاً على العاصب ؛ استصحاباً لما كان إلى أن يعلم الغزيل .

ويضمن الأجرة وإن لم ينتفع بأجرة المثل عن عمل مطلق مدة الغصب .
ولو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد ، ولو انتفع بالانقاص ضمن أجرة
المطلق .

ولو جنى العبد المعصوب فقتل قصاصاً فعلى الغاصب أعلى القيم .

المراد بالعمل المطلق : المتوسط الذي لا يكون مفيداً بقيد القلة ولا بقيد
الكثرة ، وفيهم المتوسط من المطلق حماء إلا أن ما سيذكره في العبارة يرشد
إلى ذلك .

ووجه صماته . أن المتوسط هو الغالب فإن إداب الأخير يسهل فوق
المعتاد نادر كما أن الرضى بالترخي أيضاً نادر

فإن قلت كيف وجب في مصاع أجرة الأعلى ووجب في العمل أجرة
الأوسط ؟

قلت : لا أولوية بالنسبة إلى المنافع للقادر عليها ، فإن كلاهما ممكن
منه على حد سواء ، بخلاف العمل فإن في مراتبه تفاوتاً

قوله . (ولو انتفع بالأزيد ضمن ، وإن انتفع بالانقاص ضمن أجرة
المطلق) .

أي : المتوسط ، أما الأول فلأنه قد استوفاه فيجب بذل ما استوفاه ، وأما
الثاني فلأن الرائد على الانقاص قد فات وهو محسوب على الغاصب .

قوله . (ولو جنى العبد لمعصوب فقتل قصاصاً فعلى الغاصب
أعلى القيم) .

هذا بناء على وجوب أعلى القيم في القيمي ، وقد سبق أن الأصح
خلافه ، وأن الواجب قيمة يوم التلف ووجه صماته على الغاصب : أنه
مضمون عليه في حال الجباية ، فيضمن ما يحدث عليه بسببها .

ولو جنى على الطرف فاقتص من العاصب الأرض ، وهو ما ينقص من العبد بذلك دون أرض اليد ؛ لأنها ذهبت بسبب غير مضمون ويحتمل أرض اليد ، وأكثر الأمرين . وكذا لو اقتص منه بعد رده إلى السيد ، وكذا لو ارتد في يد العاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة .

قوله : (ولو جنى على الطرف فاقتص ضمن العاصب الأرض ، وهو ما ينقص من العبد بذلك ، دون أرض اليد ؛ لأنها ذهبت بسبب غير مضمون . ويحتمل أرض اليد وأكثر الأمرين) .

ولو جنى العبد المنصوب على طرف الغير فاقتص منه المجنى عليه ضمن العاصب أرض اليد ، وهو ما ينقص من قيمة العبد بذلك ، قليلاً كان أو كثيراً ، ولا يتحتم ضمان أرض اليد ولا أكثر الأمرين ؛ لأن قطعها باستحقاق الجناية وإنما يضمن العاصب للمالك ما ينقص ويضعف بأن الجناية في يده فهي مضمونة ، عليه ولا مضافة في ضمان العاصب لما يستحقه المجنى عليه بسبب الجناية ويحتمل ضمان أرض اليد ، لأنه المقتدر وهو مضمون

ويحتمل أكثر الأمرين من نقصان القيمة والأرض ؛ لأن العاصب مؤاخذ بذلك ، وقد سبق دليله في أول الباب ويريد أن فيه أعمالاً للدليلين ، أعني النص على وجوب المقدّر وضمان العاصب لما يذهب من المالية في يده ، وهذا هو الأصح إذ لا فرق بين جبايته والحدية في يده ، والعجب أن المصنف أسلف فيما تقدم وجوب أكثر الأمرين وخالف هنا ، والفرق غير طاهر

قوله : (وكذا لو اقتص منه بعد رده إلى السيد) .

فتعجب (فيه)^(١) الاحتمالات السابقة عند المصنف ، والمختار فيها واحد ، والأصح عندنا وجوب الأكثر .

قوله : (وكذا لو ارتد في يد العاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة) .

(١) لم ترد في الأصل .

ولو غصبه مرتداً أو سارقاً فقتل أو قطع في يده ففي الضمان على العاصب نظر ،

بقريئة تعرف مما سبق ، ولا تحيء فيه الاحتمالات السابقة ، لأن قوله . فإنه يضمن القيمة) يقتضي أن لا يكون التشبيه في ذلك الحكم ، بل في أصل استحقاق المالك تصمير العاصب من غير تعيين المقدر^(١) .

قوله : (ولو غصبه مرتداً أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يده ففي الضمان على العاصب نظر) .

بشأن من سبق استحقاق لقتل والقطع في يد السيد فلا يكون مضموناً على العاصب ، ومن أنه تجدد في يد العاصب وليس من لوازم الاستحقاق في يد السيد الوقوع ، فإذا تجدد في يد العاصب التي هي محكوم بكونها يد ضمان وجب أن يكون مضموناً

والظاهر أنه لا فرق بين الردة العطرية وغيرها ، لأنه لا يخرج بها عن كونه مملوكاً لجوار^(٢) بيعة حيثد ، ومن الحائر أن لا يظهر به السلطان فيسلم من القتل ، وما ذكره الشارح من الفرق^(٣) غير ظاهر .

وبناء الحكم على أن الاعتقاد باق أم لا غير ظاهر ، لأن القتل قد ثبت بصذور الاعتقاد العاسد ولم يطرأ ما يزيله ، والاعتقاد المتحدد بناء على عدم بقاءه ليس هو السبب في القتل ، بل السبب ما مضى فلا يتم ما ذكره ، واني لا أجد القول بضمان العاصب بذلك البعيد

واختار المصنف في التذكرة ضمان العاصب قيمة عند مستحق للقتل أو يد مستحقة للقطع^(٤) ، وهذا هو التحقيق والأصح .

(١) في «في» للفرد

(٢) في «في» ولجواز .

(٣) ايضاح الفوائد ٢ ، ١٨٢ .

(٤) التذكرة ٢ ، ٢٨٩ .

فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل ، وكذا الأشكال لو انعكس .

قوله : (فإن منعناه ضمن النقص لرثد على المقدّر لو حصل) .

أي : لو قلنا بجمع الضمان على العاصب ، وهو أحد طرفي النظر يصح العاصب النقص الرائد على المقدّر لو حصل نقص زائد عليه ، وذلك إذا كان الناقص من القيمة أزيد من المقدّر في الطرف ومن دية الحر في النفس .

وقصره شيخنا الشهيد في بعض حواشيه على القطع في السرقة دون القتل في الردة ، وهو في كلام الشارح السيد ليس بظاهر ، بل يثنى في الارتداد أيضاً ، ووجهه على ما ذكره الشارح الفاضل استنفار ملك المالك عليها في علمه تعالى ويد العاصب عليها عادة ^{الدين}

ولا يحق فصور هذا الاستدلال عن ثبوت ذلك ويمكن أن يستدل بأن المستحق هو ما قابل مقدّر اليد لا ما نقص من القيمة ، فإن ذلك مؤاخذ به العاصب دون الجاني ، وليس هذا شيء يعتد به ، لأن مؤاخذة العاصب بالزيادة فرع كون متعلق الأصل مصمّوناً في الجملة ، كما لو جنى الأجنبي في يد العاصب .

أما مع عدم الضمان فلا وجه لتصميم شيء أصلاً ، والأصح عدم الفرق ، فلو منعنا الضمان لم يوجب شيء أصلاً بحال .

قوله : (وكذا الأشكال لو انعكس) .

أي : ومثل ما سبق الأشكال لو ارتد أو سرق في يد العاصب فقتل في يد المالك ، ومنشؤه عكس منشأ الأول ، وهذا رجوع عن جزمه السابق في قوله : (وكذا لو قبض بعد رده إلى السيد ، وكذا لو ارتد في يد العاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة) .

ولو ارتد في يده ثم مات في يد مالكه من غير قتل ضمن الأرض خاصة ،

ولا يخفى أن حمل العكس على زيادة المقدّر على نقص القيمة^(١) غلط فاحش ؛ لأنه لا يتردد في أن ما قبل المقدّر غير مضمون على تقدير تضمين العاصب ما حدث في يد السيد ، فإذا لم يكن النقص بقدر المقدّر لم يعقل ضمان أصلاً ، لأن ذلك المقدّر مستحق في يد السيد .

إذا عرفت ذلك فالأصح هـ الصمان ؛ لأن سبب القتل والقطع في يد العاصب وهو مضمون عليه ، فهو بمنزلة الجباية التي تسري في يد المالك ، بخلاف ما سبق .

قوله . (ولو ارتد في يده ثم مات في يد مالكه من غير قتل ضمن الأرض خاصة) .

لحصول نقص القيمة بالارتداد ؛ لأنه حينئذٍ عرضة للقتل ، ولأن تلفه هذا لم يكن مسبباً عما حدث في يد العاصب فلا يكون عليه سوى أرض نفسه ؛ لأن أداء العير إلى المالك موجب لبرأته منها ، وتضمينه ما يتجدد بسبب ما حدث في يده موقوف على تجددده وهو متباعد مع الموت .

وليس بعيد إلحاق ما لو مرض في يد العاصب ثم برى بهده في وجوب الأرض ؛ لتحقيق النقص بحدوث عيب المرض المرجو الزوال^(٢) ، فيقوم صحيحاً ومريضاً بذلك المرض على حسب خطره وعدمه ، والمصنف في التذكرة صرح بعدم وجوب الأرض هنا^(٣) ، وهو مشكل

وحكى عن بعض العامة الوجوب^(٤) ورده ، وسيأتي أنه إذا اتفق المتجدد

(١) في «م» القيم

(٢) في «ق» رواه

(٣) التذكرة ٣٨٨ .

(٤) قاله أحمد بن حنبل ، انظر المحلى لابن قدامة ٥ : ٣٩٩ .

وكذا لو اشترى مرتدأ أو سارقاً فقتل أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر .

ولو طلب الولي الدية في النفس ، أو المجني عليه في الطرف لزم الغاصب أقل الأمرين من قيمته ودية الجناية ،

والتالف من الصمات في الجس يسجبر الذهب بالمتجلد ، فيمكن رد هذا الحكم المذكور هنا إليه ؛ لأن الصحة الثابتة عادت ، وزال ما كان بخلاف وصف الارتداد الباقي وإن مات ، لكن لو عاد إلى الاسلام ولم تكن ردة فطرية يجيء فيه هذا .

قوله : (وكذا لو اشترى مرتدأ أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر) .

بشأ من حدوث ذلك في يد المشتري بعد قبضه الحيار فلا يكون مضموماً على البائع ، ومن استاده إلى سبب حدث عنده فيكون من ضمانه

والتحقيق أن هذا الطر ليس بشيء ؛ لأنه إن كان ذلك مع علم المشتري بالحال فلا اشكال في أنه لا يستحق شيئاً على البائع ؛ لأن علم المشتري بالعيب يسقط حياره ، واستحقاقه الأرض وإن كان مع جهله بالحال فلا اشكال في الاستحقاق .

ثم ما الذي يستحقه ؟ ظاهر كلامه هنا أن البائع يضمن ما يصمته الغاصب ، وهو مشكل ؛ لأنه إنما يستحق بالعيب أرش العيب خاصة وإن حدث به هلاكه ، كما لو اشتراه مريضاً وهو جهل بالمرض فمات به ، فإن البائع إنما يضمن ما كان في يده لا ما تجدد في يد المشتري ، والموت والقطع متجددان .

قوله : (ولو طلب الولي الدية في نفس أو المجني عليه في الطرف لزم الغاصب أقل الأمرين من قيمته ودية الجناية) .

لأن الذي يستحقه المجني عليه أو وليه إنما هو الأقل ؛ لأن الدية إن كانت

فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع إلى السيد ، فإذا أخذها السيد تعلّق بها أرش الجناية ، فإذا أخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة أخرى ؛ لاستحقاق المدفوعة أولاً بسبب في يده فضمنها .

أقل فظاھر ، وإن كانت لقيمة أقل فإن الجاني لا يجني على أكثر من نفسه ، وللشافعية قول أنه يجب الأرش دليلاً ما بلغ (١) .

ولا فرق في لزوم ذلك للعاصب بين كون الجنابة عمداً أو خطأ ، لأن حدوث الجنابة من العمد نقص فيه حدث في يد الغاصب فيصمته ، ويجب عليه تسليم العمد إلى المالك وذلك في الخطأ ممكن ، إذ ليس للمجني عليه إلا الدية وإن تعلقت برقة الجاني فله إذا بذلها سقط التعلق ، وأما في العمد فانه إذا (٢) رضي المجني عليه بالدية وحج على العاصب بذلها

فرع : لو لم يرخص المجني عليه عمداً بالأقل فهل يجب على العاصب بدل ما يزيد لتخليص (٣) العمد؟ يحتمل ذلك كما يوجب عليه مؤونة رده وإن رادت عن القيمة ، إلا أن طاهر قوله (لزوم العاصب أقل الأمرين) أنه لا يجب بذل الزائد ، لاطلاق عدم إيجاب الزائد .

قوله : (فإن زادت جناية العمد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته يدفع إلى السيد) .

المراد : قيمته سليماً من الجنابة كحال غصبه .

قوله . (فإذا أخذها السيد تعلّق بها أرش الجنابة ، فإذا أخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة أخرى ؛ لاستحقاق المدفوعة أولاً بسبب في يده فضمنها)

(١) انظر - بداية المجتهد : ٢١٨

(٢) في نسخة : فلا .

(٣) في نسخة . ما زيد لتخليص ، وفي هامش . ما يزيد ليخلص

ولو كان العبد وديعة فحني بالمستعرق ، ثم قتله المودع فعليه قيمته ويتعلق بها أرش الجناية ، فإذا أخذها الولي لم تحب قيمة أخرى على المستودع ؛ لأنه جنى وهو غير مضمون .

ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ، ثم غصب فجنى أخرى بالمستوعب ولم يحكم به للأول بيع فيهم ، ورجع المالك على العاصب بما أخذه الثاني منهما ؛ لأن الجناية وقعت في يده وكان للمجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني ، لأن الذي يأخذه مالك من العاصب هو عوض ما

ولا يستع أن يكون للمجني عليه مطالبة الغاصب ؛ لأن الحابي قد تلف في يده وهو مضمون عليه .

قوله : (ولو كان العبد وديعة فحني بالمستعرق ، ثم قتله المودع فعليه قيمته ويتعلق بها أرش الجناية) فإذا أخذها الولي لم تحب قيمة أخرى على المستودع ؛ لأنه جنى وهو غير مضمون)

لأنه حينئذ كان وديعة ، وجبايته محسوبة على المالك ، لأن العرض عدم التعريط من المودع ، فلواجب على المودع بما هو عوض قتله

وأعدم أن قوله . (فإذا أخذها لولي) بعم ما إذا كان أحد القيمة من يد المولى ، وما إذا كان أخذها من يد الغاصب

قوله (ولو حني في يد سيده بالمستوعب ، ثم غصب فحني أخرى بالمستوعب ولم يحكم به للأول بيع فيهم)

لتعلق الجائتين معاً برقته ، بخلاف ما إذا حكم به للأول فإنه يستحقه حينئذ ، فيكون للمجني عليه الثاني مع كونه بجائتين عمداً ، وفي الخطأ إذا بيع في الأولى ثم جنى بيع في الثانية ؛ لانقضاء حكم الأولى .

قوله : (ورجع المالك على العاصب بما أخذه الثاني منهما ؛ لأن الجناية وقعت في يده ، وكان للمجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني ؛ لأن

أخذه المجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ، فإن مات في يد الغاصب فعليه

الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً ،
فلا يتعلق به حقه) .

إذا بيع العبد في الجائتين المذكورتين قُسمت قيمته بين المجني
عليهما ، فيرجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني من المجني عليهما ؛ لأن
الحناية الثانية مضمونة عنه لوقوعها في يده ، فمهما ذهب على المالك بسببها
فصمانه على الغاصب ، بخلاف الأولى لوقوعها في يد السيد ، فالمجني عليه
الأول أن يأخذه ، أي بأحد ما يرجع^(١) به المالك على الغاصب ، وهو ما
أخذه المجني عليه الثاني (وليس للثاني أخذه .

أما الأول ؛ فلا حق للمجني عليه أولاً يتعلق^(٢) بقيمة العبد كلها لأن
الفرض أن الجناية مستوعبة وقد وجد باقي القيمة يتعلق به حقه

وأما الثاني ؛ فلا يدي أخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه
المجني عليه ثانياً ، وهو نصف القيمة المستحق له فلا يتعلق به حقه مرة أخرى ؛
لاستحالة تتعلق حقه به مرتين ، ونصف الآخر من القيمة قد فات بتعلق حق
المجني عليه أولاً به فكان القيمة من أول الأمر مقدار النصف

وأما المجني عليه لأول من حقه متعلق بتمام القيمة ، والحناية الثانية
لكونها (مضمونة)^(٣) على الغاصب في حكم المنتهية فيبقى تعلق حقه^(٤)
بالقيمة جميعاً ثانياً ، ولما لم تكن الجناية الأولى مضمونة على الغاصب لم يكن
للمالك الرجوع بما أخذه المجني عليه أولاً

قوله : (فإن مات في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ، ويرجع

(١) في «فه» ما رجع .

(٢) في «م» متعلق

(٣) لم ترد في «م»

(٤) في «م» . المستحقة يتعلق حقه

قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على نعصب بنصف القيمة ، ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه

ولو حنى على سيده فالصمان على نعاصب كالأجنبي على اشكال .

المالك على الغاصب بنصف لقيمة ، ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه .

أما وجوب القيمة بموته ؛ فلاه مضمون على العصب ، وأما وجوب عرمة نصف لقيمة مرة أخرى ؛ فلأن الحاية الثانية مضمونة عليه لكونها في يده ، وهي موحدة لصفات نصف القيمة للمجني عليه ثانياً ، وأحد المجني عليه أولاً النصف يعرف وجهه مما سبق .

ولو وهب لمجني عليه ثانياً ما أوجبه الحاية للمالك فالرجوع بالنصف بحاله على الظاهر ، ولو وهبه للغاصب فليس بمعيد بنقطة الرجوع به

قوله : (ولو حنى على سيده فالصمان على نعاصب كالأجنبي على اشكال) .

يشأ . من أنه مضمون عليه فيصير كل نقص دخل عليه في يده ، وجبايته على السيد موحدة لاستحقاق الاقتصاص ، فاستوى السيد والأجنبي ومن أن استحقاق الرجوع في الأجنبي لاقتضاء الجباية عليه روال الملك أو انفصائها اليه ، فإذا سلم العبد الى المالك (فحيث)^(١) لم يكن تسليم تاماً .

بحلاف ما إذا كانت الجباية على المولى ، فإنه إذا سلمه اليه فقد مكنته منه كمال التمكين ، ولا يضر اقتصاصه بعد ذلك ؛ لكون ذلك ساحتيساره ومباشرة وليس بشيء ؛ لثبوت حق الاقتصاص الذي تركه موجب للصرر على السيد أو الوارث بسبب حدث في يد الغاصب ، وهو منقص للمالية فيستحق الرجوع به ، وهو الأصح ، وهذا إذا كانت الجباية عمداً

(١) لم ترد في حق

ولو خصى العمد فعليه كمال القيمة ورده على رأي ،

أما لو كانت خطأ فلا شيء للسيد على العاصب ؛ لأن الواجب في جناية الخطأ المال ، وثبوته هو تمتع إذ لا يثبت للسيد على عبده مال ، وثبوته على العاصب فرع ثبوته على بعد ، وقد سبق مثله في الرهن .

نعم ، لو تضمنت جانيته سيطرته على السيد وقلة الرغبة فيه ضمن ما ينقص من قيمته بهذا العيب لا أرش الحدية ، ولا يحصى أن هذا العيب في الحناية عمد متحقق ، فيضمن العاصب أرشه خارجاً عن أرش الجناية لاختلافهما .

إذا عرفت هذا ، فهو مقتصر لما لك في العمد فعلى العاصب أكثر الأمرين كما سبق غير مرة ، وإن عفى عن مال تملك على العمد ، وفداء العاصب بأقل الأمرين ، من أوثر الحناية بقيمة العبد كالأجنبي ، قاله في التذكرة^(١) ، ووجهه أن المال ليس ثبت له أصالة من أول الأمر ليمسح ثبوته لاستلزامه وحوب مال السيد على عبده ، وإنما هو عوض عن حناية ثبوتية مستحقة على العمد مصمومة على العاصب ، فلا يمتنع ثبوت عوضها ؛ لأن لحيار في ذلك إلى المجني عليه

قوله : (ولو خصى العمد فعليه كمال القيمة على رأي ، ورده)

هذا هو الأصح ؛ لأن عوض لفاتت هو القيمة ، ولا يتوقف الاستحقاق على دفع العبد ، بخلاف الجاني كما بناء سبق ، وللشيخ قول بأن له القيمة إذا سلمه لئلا يجمع بين العوض ونموص^(٢) ، وقد عرفت الفرق بين العاصب والجاني ، واختصاص الجاني بالنص^(٣) بخلاف العاصب في بعض النسخ . (فعليه كمال القيمة ورده على رأي) وهو صواب ؛ لأن الخلاف إنما هو في

(١) التذكرة ٢٨٨

(٢) المتوسط ٣٠٣

(٣) الكافي ٧ ، ٢٤٢ حديث ١٢ ، المقية ٤ : ٦٥ ، التهذيب ١١ : ٣٠٧

فإن سقط ذلك العصور بأفة فلا شيء ؛ لأنه يريد به قيمته على اشكال ،
وكذا لو نقص السمن المفرط ولم تنقص قيمته ، وكذا الأصح الرائدة
ولو مثل به لم ينعتق على رأي .

الأمريين معاً .

قوله : (فإن سقط ذلك العصور بأفة فلا شيء ؛ لأنه يريد به قيمته
على اشكال) .

الصمير في . (لأنه) للشان ، ومنشأ الاشكال ما ذكره ، فإنه لا نقص في
المالية حيث لا ضمان ، ومن أن التلف في يد العاصب بالأفة كالتهب
مالحاية ؛ لكون العبد واحزائه وصدقته ومنافعه مضمونة عليه ، وللعصو بالف
مقتدر فيضمنه ، وهو الأصح

ولا يحى أن الاشكال هنا في أصل لضمان ، فلو قل به كما هو لأصح
فالأوجب كمال القيمة مع رده على رأي

قوله : (وكذا لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة)

أي لا شيء به ولا يحى به الاشكال ؛ لأنه لا مقتدر له شرعاً فيحب
بفواته ، ولم تنقص به القيمة فيحب قدر النقص ، فهو من قبيل ما لا قيمة له ،
وهذا يتحقق في سمن نحو العبد والحرارية ، وما لا يقصد منه اللحم فإن سمنه
إذا افراط وتجاوز الحد ربما نقص قيمته .

قوله : (وكذا الأصح الرائدة) .

أي لو نقصت ولم تنقص بها القيمة لا شيء فيها . وليس بحيد ، بل
الأصل^(١) فيها الضمان ؛ لأن لها مقدراً وهو ثبوت دية الأصلية

قوله : (ولو مثل به لم ينعتق على رأي) .

(١) في (م) لأصح

ولو ساوى بعد الغصب لضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الأولى رد العبد ومساويه ، ولو نقص الرائد ونصف الأصل وأوحنا الأكثر لزمه المجموع وإلا الزائد ،

لأن التحرير بالتمثيل على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على مورد النص^(١) ، وقال الشيخ^(٢) وبس سراج يعتق بذلك^(٣) ، وربما سي القولان على أن الاعتاق تمثيل لمولى لجرح حال لعبد أو لعقوبة المولى ، فعلى الأول يعتقهما وعلى الثاني لا ، وهو بناء ضعيف ورجوع الحكم الى جهالة ، والأصح عدم الاعتاق .

قوله : (ولو ساوى بعد الغصب لضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الأولى رد العبد ~~مساويه~~)

أي لو قطع يد العبد بعد ارتجاع قيمته الى الضعف فعادت قيمته بالقطع الى الأولى ، وهي نصف قيمته الآن رد العبد ونصف قيمته الآن ، وهي قدر القيمة الأولى ، لأن ذلك قدر النقص والمقدر شرعا إذا هو نصف القيمة

قوله : (ولو نقص الرائد ونصف الأصل وأوحنا الأكثر لزمه المجموع ، وإلا الزائد) .

أي - لو نقص من قيمة العبد في امرض المذكور مجموع الزائد ونصف الأصل بقطع يده كان كأن يساوي مائة درنقى الى مائتين ، فقطعت يده فصار بالقطع يساوي خمسين ، فنقص الرائد وهو مائة ونصف الأصل وهو خمسون . فإن أوجبنا على الغاصب في الجناية على المعصوب أكثر الأمرين من المقدّر والأرض لزمه المجموع وهو طاهر ، وإن أوحنا المقدّر خاصة وهو نصف القيمة لزمه الزائد فقط ، وهذا طاهر إذ لم يكن قطع يد العبد لكونه قد جنى على يد

(١) مسند أحمد ٢ - ٢٢٥ يتفاوت يسير .

(٢) الخلاف ٢ - ٩٨ كتاب العصب مسأله ٦

(٣) نقله عنه في المختلف : ٤٥٧

وإن نقص الربع فإن أوجبنا الأرض لزمه الربع وإلا النصف .

غيره عمداً ، فإنه على هذا التقدير تجيء عند مصنف فيه احتمالات ثلاثة قد سقت :

أحدها الأرض كائناً ما كان ، وعلى هذا الاحتمال يلزم العاصب المجموع أيضاً ، فلا يستقيم قول المصنف . (لا الرثد) إذ معناه وإن لم توجب الأكثر لزمه الرائد فقط ، وقد عرفت ، قد لا توجب الأكثر ، ويلزمه المجموع إذا أوجبنا الأرض .

ويستدفع هذا عن العبارة إذا قرئ قوله سابقاً . (فقطع يده) مبيهاً للمعلوم ، لأن الضمير حينئذ يعود إلى العاصب . فلا تلحرج في العبارة الصورة المذكورة ، إلا أن قوله فيما بعد (وإن نقص الربع فإن أوجبنا الأرض) يتأنيه ، لأن إيجاب الأرض على ما ذكرناه إنما يجيء إذا جنى العبد في يد العاصب فقطعت يده بالحياة ، لأنه حينئذ يفسد إن يده ذهبت بسبب غير مضمون فيجب الأرض لا أرضها وإن كان ضعيفاً وإنما قلنا إنه يتأنيه ، لامتناع اندراج متعلق هذا الحكم في العبارة حينئذ .

قوله (وإن نقص الربع فإن أوجبنا الأرض لزمه الربع ، وإلا النصف) .

أي : لو كان النقص في العرص المذكور هو ربع لقيمة ، سواء كان ربع قيمة الأصل أو ما صار إليه فاللازم هو الربع إن وجبنا لأرض كائناً ما كان ، وإن لم توجب الأرض تعيين النصف ؛ لأنه لمقتضى ولأكثر ، وهذا لا يستقيم إلا إذا كان القطع بحياة العبد المعصوب على الطرف على لاحتمال كما علم غير مرة ، لا مطلقاً كما هو ظاهر العبارة .

ولا شك في فسادهما ، سواء أحدثت مصدقة - إذا قرئ قوله (فقطع يده) مبيهاً للمجهول - أو محصوراً يكون عاصب هو القاطع بأن يبنى للمعلوم ؛ لأن الجاني إذا وجب عليه المقتدر فحياة العاصب بطريق أولى ، إنما

ولو غصب عبدٌ فقطع آخر يده تحيّر ، فيضمن الحامي النصف خاصة ولا يرجع على أحد ، ولعاصب الراحل إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد ولو لم تحصل زيادة استقر الضمان على الحاني .
ولو غصبه شاباً فصار شيخاً ضمن النقص ،

الكلام في وجوب أكثر الأمرين .

ولا يستقيم هذا بحكم لا إذا كان القطع بالحياة فقط ، فالعبارة غير حيدة والحكم غير معتبر ، وقد عرفت غير مرة إننا نوجب أكثر الأمرين في جميع هذه الصور .

قوله (ولو غصب عبدٌ فقطع آخر يده تحيّر ، فيضمن الحامي النصف خاصة ولا يرجع على أحد ، ولعاصب الراحل إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد)

الصغير في : (تحيّر) يرجع إلى المعصوب منه فإن له تصميم كل منهما ، لكن الحاني لا يصمم سوى بذل الجاية وهو مقدر ، بخلاف العاصب فإنه يضمن أكثر الأمرين

فقرار الضمان بالنسبة إلى موجب الجاية على الحاني ، فإن رجع عليه به لم يرجع به على أحد ، وإن رجع به على العاصب رجع العاصب به عليه ، وأما الراحل على تقدير حصوله فإنه على العاصب خاصة .

قوله : (ولو لم تحصل زيادة استقر الضمان على الحاني) .

لاستواء الحامي والعاصب في وجوب ذلك وقد باشر الاتلاف بالقرار عليه ، وتخير المالك في الرجوع على كل منهما .

قوله : (ولو غصبه شاباً فصار شيخاً ضمن النقص) .

لتنافس القوى والقلبية بدلت الموجب لفحصان القيمة

وكذا لو كان أمرداً فنتت له لحية على اشكال .

ولو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن على اشكال .
ولو نقل التراب رده بعينه ، فإن تعدر فالمثل وعليه الأرض وتسوية
الحفر . والبائع اذا قلح احجاره فعليه التسوية دون الأرض ،

قوله : (وكذا لو كان أمرداً فنتت له لحية على اشكال) .

يشأ : من حصول القصد في القيمة مدك ؛ لأنه المبرور ، ومن تحيل
أن الفات لا يقصد قصداً صحيحاً فحري مجرى الساعة المحرمة وليس
بشيء ، فإنه قد يقصد قصداً صحيحاً ويتعلق به أغراض محلله ، فمتى حصل
بسببه نقص صمته

قوله : (ولو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن
على اشكال)

يشأ : من أن ترك زرعها واجب عليه فلا يتعلق به ضمان سببه ، ومن أن
كل نقص يحدث في يده مصموم عليه ، وهو الأصح ولا مسافة بين تحريم
زرعها عليه وضمانه بنفسها ، إذ الواجب عليه من أول الأمر عدم اثبات يده على
مال الغير بغير حق .

قوله : (ولو نقل التراب رده بعينه ، فإن تعدر فالمثل وعليه الأرض
ونسوية الحفر) .

لأن التراب مثلي .

فإن قيل . الأرض قيمي ، فكيف يكون التراب مثلياً؟

قلنا . لا استبعاد في ذلك ، فإن التراب من حيث هو تراب مثلي وإن
كانت الأرض باعتبار كونها قراحاً ، وستاناً ، وبحودلك قيمة .

قوله : (والبائع اذا قلح احجاره فعليه التسوية دون الأرض) .

ولو حفر شراً فله طمها إلا أن ينهأ المالك فيزول ضمان التردّي .
ولو ذهب نصف الرّيت بإغلاء صم من مثل الداهب وإن لم تنقص
القيمة ، وكذا في إغلاء العصير على رأي .

استطرداً أتى بهذه المسألة هـ^(١) ، وإنما وحت عليه التسوية هنا ؛ لأنه
يحب عليه تسليم المبيع كاملاً ، وإنما لم يجب عليه الأرض ؛ لأن العمل مأذون
فيه شرعاً فلا يتعقّب ضمان ، نعم بتحجير المشتري لو كان جاهلاً ، قيل^(٢) : هذا
بعينه يقتضي أن لا تجب عليه التسوية .

قوله (ولو حفر شراً فله طمها) ، إلا إن ينهأ المالك فيزول ضمان
التردّي) .

هذا محار ابن ابريس^(٣) ، وهو الأصح ، وقال الشيخ له طمها وإن
نهأ المالك ، لدفع ضمان التردّي ، ويحتمل أنه لو أراء المالك من الضمان لم
يبرأ ؛ لأنه أراء مما لم يجب ، ثم حار ابراءه^(٤) ويصعّف بأن المالك إذا
رضي بحفر الثر كان كما لو حفرت بإذنه ، ونهيه عن الطم يتضمن الرضى
قوله : (ولو ذهب نصف الرّيت بإغلاء صم من مثل الداهب وإن لم
تنقص القيمة) .

لأن نصف العين قد ذهبت وهي مصمومة بالمثل فلا اعتبار بالقيمة

قوله : (وكذا في إغلاء العصير على رأي) .

لحصول النقص في العين ، وقال الشيخ . لا يضمن ؛ لأن الداهب أجزاء
مائة لا قيمة لها ، فإن الدر تعقد أجزاء لعصير ولهذا تزيد حلاوته بخلاف

(١) في هامش : استطرد إلى هذه المسألة هـ

(٢) هكذا في السحتين المحطتين ، وفي هامش نسخة وم هكذا وجد

(٣) الررائر : ٢٧٧

(٤) المبوط ٣ . ٧٣

ولا يحبر المتجدد من الصفات ما حاله من التالف وإن تساوى قيمة ، بخلاف ما لو اتفقا جنساً .

ولو غصب عصيراً فصار حمراً ضمن المش ، وفي وجوب الدفع اشكال ،

الزيت^(١) . وكون الداهب أجزاء مائية فقط غير معوم ، وقد وقع نقص محسوس في العين فيجب بدله ، وهو الأصح

قوله : (بخلاف ما لو اتفقا جنساً)

كما لو كان كاتباً فنسي ثم نخدم له دنت ، والذي يقتضيه السطر أن المتحدد من الصفات إن كان هو الأول كالكتاب ، والعلم ، والحياط يسي ثم يتذكر فلا يجب ارشه على العاصب ، إذ لم يفت شيء . وإن كان غيره ، كما لو كان سميماً فهرل ثم سمى لم يحبر الثاني الأول لأن الثاني مال متحدد للمالك ، والأول مال داهب ، وكلام المصنف في التذكرة^(٢) لا يحلو من اضطراب ، وظاهر ما هنا معترض .

وفي لدروس ولو عادت الماقصة حراً^(٣) ، وهو مشعر بما قلناه ، لأن العود إنما يكون إذا حصل العائت بنفسه ، ولا يتحقق ذلك إلا في التذكر بعد السيان

ولو مرص لعد ثم عومي فقد صرح في التذكرة بوجوب رده من غير شيء^(٤) ، وفي كون هذه الصحة هي الأولى نظر .

قوله : (وفي وجوب الدفع اشكال)

(١) المبسوط ٣ ، ٨٣ ، الحلام ٢ ، ١٠١ كتاب العصب مسألة ٢١

(٢) التذكرة ٢ ، ٢٨٧

(٣) لدروس ٣٠٩

(٤) التذكرة ٢ ، ٣٨٨

فإن أوجبناه فصار خللاً في يد المالك ففي وجوب رد المثل اشكال ،
فإن صار خللاً في يد الغاصب رده مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخل
ولو غصب خمرأ فتخللت في يده حكم بها للغاصب ، ويحتمل
المالك ،

أي : في وجوب دفع خمر العصير ، ومشأ الاشكال . من خروجه عن
الملك ، فإن المسلم لا يملك الحمر ، ومن بقاء الأولوية ؛ لإمكان ارادة
التخليل ، وفي وجوب الدفع قوة ؛ إلا أن يعلم من حال من غصب أنه يتحلده
للشرب ؛ لأنه حينئذ يعاون على الاثم والعدون ، ولا انتفاء الأولوية حينئذ .

قوله : (فإن أوجسأه فصار خللاً في يد المالك ففي وجوب رد المثل
اشكال) .

يشأ . من أنه أحد للحيلولة بينه وبين ملكه ، وقد زالت بعود ملكه اليه
فيجب الرد ، ومن حيث أن هذا منك متحدد ؛ لأن العصير لما صار خمرأ صار
تالماً فوجب بدله ، والظاهر الأول ، لأن الأجزاء هي عين ماله ، والمانع من
ملكيتها هي الحمرة وقد زالت فيكون الملك بعينه قد عاد وإن حدث له صورة
أخرى ، نعم لو نقص وجب الأرش .

فإن قلت فعلى هذا لو تخللت لخمر العير المحرمة في يد متزاعها
وحب ردها ؛ لأنها عين منك المالك وقد زال المانع من الملكية .

قلنا . الفرق انقطاع الأولوية هنا المقتضية لانقطاع السلطنة أصلاً بخلاف
الأول ، وبالجمله فالمسألة لا تحل من شيء .

قوله : (ولو غصب خمرأ فتخللت في يده حكم بها للغاصب ،
ويحتمل المالك) .

وجه الأول . خروجها عن منك المعصوب منه وسلطته ، وقد حدثت

والبذر والبيض اذا ررع أو فرح فهو للمالك

ملكيتها^(١) في يد العاصب فتكون له ، وهذا بما يتم إذا لم تكن محترمة
 ووجه الثاني : أن يد العاصب يد عدو ، وهذه هي عين ملك المالك
 فتكون له .

والتحقيق . أنها إن كانت محترمة كانتي لتتحليل ، وخمر الدمى المستر
 (به)^(٢) يتصور فيها العصب ويحب الرد ، وسنطة المفصوب منه ثابته عليها
 فيكون الملك فيها بعد العود حلاً للمالك لأول ، وإن كانت غير محترمة لم
 يتصور فيها العصب ، ولا نقاء السلطة ، ولا وجوب الرد فالملك لمنحد فيها
 للأحد .

فرع :

قال في المذكرة لو عصم عصيراً فأغلاه ~~بحرقه~~ ، وصار نجساً لا
 يحمل ولا يظهر إلا إذا ذهب ثلثاه بالعليان فلو رده العاصب قبل دهاب ثلثيه وجب
 عليه عرامة الثلثين والوجه أيضاً أنه يصمر عرامة الحسرة على العمل فيه إلى
 أن يذهب كمال الثلثين^(٣) ، هذا كلامه ، وفي لفرق بين وبين العصير لو عصمه
 فصار نجساً ، أو صيره نجساً نظراً .

قوله : (والبذر والبيض اذا ررع أو فرح فهو للمالك)

هذا مذهب الأكثر ، لأنه غير مال المالك حدث فيها اختلاف الصورة ،
 وقال الشيخ - إنها للغاصب ، لأن ذلك تلف لئمال فيحب به بدله ، ولأن هذا
 نماء بفعل الغاصب^(٤) . وليس بشيء ، لمع تلف ، ونماء الملك للمالك ولو
 كان بفعل الغاصب .

(١) في «وق» ملكيتها للعاصب

(٢) لم ترد في «م» .

(٣) المذكرة ٢ : ٢٨٧

(٤) المبوط : ٣ : ١٠٥

الفصل الثاني: في الريدة : لو عصب حنطة فطحنها ، أو ثوباً فقصره أو خاطه لم يملك العين ، بل يردّها مع الزيادة وأرّش النقص إن نقصت القيمة بذلك ، ولا شيء له عن الزيادة .

ولو صاغ النقرة حلياً ردها كذلك ، فلو كسر ضمن الصنعة وإن كانت من جهته ،

فرع :

لا يتصور الغصب في الوقوف العامة بمع بعض المستحقين وإن أتم ، نعم لو سبق له بد فمعه ما يعبر حق يمكن تصور الغصب هنا ، وفي الدروس ما قد يشعر إطلاقه بالمخالفة^(١) ، وكذا في غصب الوثيقة في الدروس^(٢) كلام ليس بذلك الحيد

قوله (لو عَصَبَ حَنْطَةً فَطَحْنَهَا) أو ثوباً فقصره أو خاطه لم يملك العين بل يردّها مع الزيادة . . .) .

هذا إذا كانت الحيوط للمالك ، أما إذا كانت للغاصب فهي كالصبيغ

قوله (ولو صاغ النقرة حلياً ردها كذلك) .

لأن الصنعة صفة حدثت في ملك المالك بسبب الغاصب فتكون للمالك تبعاً وليست عيناً ليحيل كونها مال للغاصب ، وكذا لو علّف الدابة فسمت ؛ لأن السم من الله تعالى وليس هو عين العلف

قوله - (فلو كسر ضمن الصنعة وإن كانت من جهته) .

لما قلناه من أن الصنعة ملّك لمغصوب منه ، ولا يقدح في ذلك كونها بسبب الغاصب ومن جهته .

(١) الدروس : ٣٠٧

(٢) المصدر السابق

وللمالك اجباره على ردها نقرة ، ولا بصم أرش الصنعة ويضمن ما نقص من قيمه اصل النقرة بالكسر .

قوله : (وللمالك اجباره على ردها نقرة ولا بصم أرش الصنعة) .

أما الأول فلوجوب ردها كما أحدها ، وأما الثاني فلأن بقاء الصنعة مع الرد نقرة غير ممكن فيكون الأمر برده كذلك إذا باهى ادهاب الصنعة

قوله : (ويضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة بالكسر) .

لأن ذلك بفعله وليس من لوازم الكسر نقصان بحلاف الصنعة إذا أريد ردها نقرة ، ولو سلم كون النقصان من لوازم الكسر لم يسقط عنه ضمان ما نقص بالأمر به ؛ لأن الصياغة حاية من الغاصب ، إذ هو تصرف في مال للمالك بغير إذنه عدواناً ، والنقص بالكسر يشبه بها فتكون مضبوطة عليه

وأمر المالك بإعادة العين كما كانت لا يوجب سقوط الضمان ؛ لبقاء الغصب إلى حصول التسليم التام ، حتى لو تنعت العين في حال ردها إلى البلد وقد أمره المالك بذلك بضمها ، بحلاف الصنعة التي لم تكن العين عليها في وقت الغصب ولم يستقر للمالك في دمة الغصب ، فعلى هذا لو عتقه الغاصب بعد نقله إلى موضع بعيد فسمن ، ثم أمره المالك برده على الفور على وجه يستلزم هزاله لموالة السير لا يضمن السمن النقص

ويشكل بأنه لو كان سميناً عند المالك ، فعصبه ونقله على وجه لا عنف فيه فبقي سمنه ، ثم أجبره المالك على رده على الفور فزال سمنه لم يضمنه وهو يباهي تضمين النقصان بالأمر بكسر الحلي بمصوع .

وفي الفرق نظر فيبعي تأمله ، يخلج سحاطر فرق بتأمل بعد ذلك ، وهو أن طلب المالك رد الحلي نقرة يقتضي عدم قبول الصنعة ، بحلاف رد السمين إذا استلزم رده الهزال ، وبخلاف نقصان العين بالكسر فانه لا يقتضي ذلك ، ولا مسافة بين ملكية السمن والرضى بها وطلب الرد على الفور وإن عدم بهراله به ،

ولو صنفه بما يساوي قيمته تشاركاً فالفاصل بينهما بالسوية والناقص من الصبغ ، فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغاً مع أرش النقص ، وكذا تثبت الشركة لو أطارت الريح الثوب الى احانة صبّاع ، أو غصب الصبغ من آخر .

للاعتناء على كون ما ينقص من العين مصبوغاً عليه

ويمكن ان يفرّق بوجه آخر ، وهو أن الأمر برد القرة حلياً يدل على عدم قول الصبغة والترخيص في تلافيها ، بخلاف ما ينقص بالكسر ، لأن الأمر بالكسر لا يقتضي عدم قول الناقص من القصة ، وإن كان لازماً عنه لا محالة فهو محسوب من حملة المؤونة لوجهه على العاصب ، فإنه لو أمره المالك برد الدابة الى بلد العصب^(١) وكان ذلك مستتباً للهرال لا يكون إلا على عدم ارادة المالك السمن والشرح في تلافيه ، فيكون من قبيل المقدمة كالعلف والسقي .

نعم يشه الأول ما لو سمن العاصب المضطرة فلم يرض المالك بذلك ، فأمره بالتصميم فإنه لا يعد أن يقدّر . لا يلزمه عوض السمن العائت .

قوله . (فالفاصل بينهما بالسوية والناقص من الصبغ)

أي إن زاد زيادة في سمن على أصل القيمة فهي بينهما سواء ؛ لامتوائهما في الشركة ، وإن نقص فالتقصان محسوب من الصبغ ؛ لأنه إن كان منه فلا بحث ، وإن كان من الثوب فصماه عليه .

قوله : (وكذا تثبت الشركة لو أطارت الريح الثوب الى إجانة صبّاع ، أو غصب الصبغ من آخر) .

لتحقق انحلاط لمالين ، ولا يحسب النقص من الصبغ في هذين الموضعين إذ لا عدوان من مالكة ، لكن في الثانية يضمن نقص كل من الثوب

(١) في دم العاصب

ولو قبل الصنع الزوال أجزر العاصب على فصله ، وإن استنصر بعدم الصبغ أو نقص قيمته .

ولو طلب العاصب الإزالة أحيب بيها ، سوء هلك الصبغ بالقلع على اشكال أو لا ، فإن تعيب الثوب ضمن أرشه

والصنع العاصب .

قوله : (ولو قبل الصنع الزوال أجزر العاصب على فصله وإن استنصر بعدم الصبغ أو نقص قيمته) .

لوجوب رد العين كما أخذها ، إلا أن يرصم المالك بقاء الصنع فلا اجبار ولا عبرة بتصرره تلف الصنع أو نقص قيمته لأن ذلك مستند إلى عدوانه

قوله : (ولو طلب العاصب الإزالة أحيب بيها ، سوء هلك الصبغ بالقلع على اشكال أو لا ، فإن تعيب الثوب ضمن أرشه)

قال الشارح العاصل لا خلاف في مع العاصب من الإزالة لو نقص الثوب بها ، ولا في اجابته مع عدم هلاك الصنع ، وعدم نقص الثوب أصلاً^(١) ، والذي في عبارته الكتاب باطلافه ينافي ما ذكره الشارح

والذي يلوح من عبارة التذكرة خلاف هذا ، لأنه ذكر فيها^(٢) - إذا أراد العاصب فصل الصبغ وكان الثوب بحيث ينقص بذلك - خلافاً للعامة^(٣) ، ولم يصرح هو بشيء^(٤) ، وذلك يؤذن بتردده ، ونو كان لحكم اجماعياً كما ذكره الشارح لم يكن للتردد فيه مجال .

(١) ايضاح الفوائد ٢٨٧

(٢) في ١٢٥ : فإنه ذكر فيها

(٣) بداية المجتهد ٢٣٩ .

(٤) التذكرة ٢٩٤

وشيخنا في الدروس حكى عن المصنف ، وابن الجبيل عدم وجوب اجابة الغاصب لو طلب القلع ؛ ممللاً بالاستهلاك واستلزام التصرف في مال الغير^(١) ، وما نقله عن المصنف اختاره في المختلف^(٢) ، وفيه منافاة للاجماع الذي ادعاه الشارح في قوله : ولا في احاطته مع عدم هلاك الصبغ .

في المختلف : ومن العجب ايجاب التمكين على المالك من اخذ الصبغ وإن تعي ثوبه ، وعدم قبول عوض الصبغ منه ، واجبار الفارس المستعير للأرض على اخذ قيمة الفرس من المالك اذا دفعها^(٣) ، وهذا صريح في بطلان دعوى الشارح للاجماع^(٤)

والحق أن وجوب اجابة الغاصب الى قلع الصبغ في حال من الأحوال لا يحلو من اشكال ؛ لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير حق مسبباً عن التصرف عدواناً . لكن قد يقال : لولا هذا لزم عدوان آخر ، وهو التصرف في مال الغير بغير حق ، فإنه لا سبيل الى تملكه بعوض وبغير عوض فهدراً وإن كان تملكه بعوض محتملاً اذا رضي المالك ، ولا الى الرام المالك ببيع الثوب ، وبيع الصبغ وحده مع الحكم المذكور لا فائدة فيه وربما لم يرغب فيه راغب ، وبقاء الثوب في يد المالك ممسوعاً من التصرف فيه موجب لزيادة الضرر ، فلم يبق إلا الاجابة الى القلع ، فحيث يرجع هذا بانحصار وصول الحق الى مستحقه فيه إد من ظلم لا يحل أن يظلم .

فعلى هذا لا فرق بين استهلاك القلع إياه وعدمه ، إد : ولا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه^(٥) واحتمال المنع لاستلزامه اصابة المال

(١) الدروس : ٣٠٩

(٢) المختلف : ٤٥٥

(٣) المختلف : ٤٥٥

(٤) ايضاح الموائد : ٢ : ١٨٧

(٥) عوالي اللآلي ٣ : ٤٧٣ حديث ٣ ، مس الدارقطني ٣ : ٢٦ حديث ٩١

ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول ،

المهي عنها ضعيف ، إذ المنهي عنه الانلاب الذي لا يتعلق به غرض للعقلاء ، أما إذا تعلق به عرض صحيح فلا وهذا متين جداً ، ومنه يظهر قوة استحقاق الغاصب القلع وإن نقص ثوب إذ لا طريق إلى التخلص سواء ، والنقص محذور بوجوب الأرض ، فكلام الشارح يحتاج لى تأمل ، وإطلاق عبارة الشرائع^(١) يشهد لما قلناه ومثله ما لو بنى العاصب أو غرس ثم أراد أخذ عين ماله .

قوله . (ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول) .

أي : كل منهما ، إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس^(٢) ، ولعموم (إلا أن تكون تجارة عن تراض)^(٣) وهذه هو المشهور ، وقال المصنف في المختلف ، وإن الحنيد أنه إذا لم يرخص بالبيع ودفع قيمة الصنع وجب على العاصب القبول^(٤) ، وهذا مناسب لمؤاخذة العاصب بأشق الأحوال ، إلا أنه لا دليل على تملك ماله بغير رضاه

وتحيل أن فيه جمعاً بين الحقير مدعوع بأن حق العاصب في عين الصنع لا في قيمته ، ولا انكر رجحان هذا القول ، من إثبات سلطة التصرف في مال المغمصوب منه للغاصب لأجل تصرف سابق وقع عدواً فيه كمال الضرر على المالك ، والأول أرجح ، لأنه لو لا ذلك لكان متاع العاصب إذا وضعه في البيت المغمصوب لا يستحق أخذه بغير رضاه^(٥) المائث .

والعجب أن الشيخ جؤر في المعير تمتك عرس المستعير قهراً ومنه في

(١) شرائع الإسلام ٣ : ٢١٤

(٢) عوالي اللآلي ٣ : ٤٧٣ حديث ٣ ، سنن الدارقطني ٣ : ٢٦ حديث ٩١ .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٩

(٤) المختلف ٤٥٥

(٥) في ٥١ : الخيار

وكذا لو وهبه إياه ، ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس .

الغاصب^(١) .

قوله : (وكذا لو وهبه إياه) .

أي . وهب أحدهما ما لصاحبه^(٢) ؛ لأصالة البراءة ، ولما فيه من مظنة كونه نقصاناً ، ولا احسب فيه حلاًفاً ، وليس كبذل القيمة ؛ لأن فيه جمعاً بين الحقين .

قوله : (دون العكس) .

أي : ليس للغاصب الامتناع من البيع لو طلبه المالك ؛ لأن بيع الثوب وحده مظنة قلة الراغب فيه لصيب الشركة ببعض إلى عسر البيع وقلة القيمة ، وحيث كان الغاصب متعدياً لم يكن له الإصرار بالمالك ، لكن هذا على القول - بعدم تملك ماله بالقيمة إذا لم يرص - لا يكاد يتجه لاستزاده نقل المالك مع عدم الرضى .

فإن قيل : فيه جمع بين لحقين ، ودفع للضرر عن المالك .

قلنا : ففي الأول نقول هكذا .

فإن قيل الضرر هنا أقل ، إذ تعيى حراج المالك عنه لمالك معين ضرر قلنا . هو مقابل بضرر المالك ، فإن معه من التصرف في ملكه إلى أن يرضى الغاصب في أمر تعدي عليه به ضرر عظيم ، وبالحملة فقول المختلف لا يخلو من وجه .

(١) المبسوط ٣٠٤ ، ٥٤ حديث ٧٧

(٢) في مسخني (ق) و (م) : كل أحدهما ما لصاحبه ، وما أثبتناه هو المناسب

ولو كانت قيمة كل منهما خمسة ، وساوي المصوغ عشرة ، إلا أن قيمة الثوب ارتفعت للسوق الى سبعة ، وانحطت قيمة الصبغ الى ثلاثة فللمالك سبعة .

ولو ساوي اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها ، وللعاصب خمسها وعشرها ، وبالعكس إذ النقص السوقى غير مضمون

قوله : (ولو كانت قيمة كل منهما خمسة وساوي المصوغ عشرة ، إلا أن قيمة الثوب ارتفعت للسوق الى سبعة ، وانحطت قيمة الصبغ الى ثلاثة فللمالك سبعة) .
هذا اذا بيعا معاً .

قوله : (ولو ساوي اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها ، وللعاصب خمسها وعشرها) .

أي : لو ساوي اثني عشر ، والحال أن قيمة الثوب سبعة والصبغ ثلاثة فإنما نقسّطها باعتبار استحقاق كل منهما من عشرة ، وقد كان للمالك منها نصف وخمس وهو سبعة ، وللعاصب خمس وعشر وهو ثلاثة .

لكن يشكل على عبارته قوله أولاً . أن كل واحد من الثوب والصبغ يساوي خمسة ، فإنه لو تغير السوق لا أثر له ، بل يتعلّق الحكم بما صار إليه . ويجاب بأن المراد أن كلاهما يساوي بعد الخمسة ما ذكره ، فالثوب سبعة والصبغ ثلاثة ، ثم بيع المجموع بزيادة عن القيمة .

قوله : (وبالعكس إذ النقص السوقى غير مضمون)

أي : لو كان كل واحد منهما يساوي خمسة ، ثم انقص الثوب وارتفع الصبغ بنعكس الحكم المذكور؛ لأن نقص سرق غير مضمون إذا لم يستند الى نقص في العين أو صفاتها .

ولو مزح الزيت بزيته المساوي أو الأجود تشاركاً ، وبالأردأ يتخير المالك بالمثل ، والعين مع الأرض .

وهي حواشي شيخنا الشهيد . كان يكفي لو أراد الاحتصار ، ولو زاد أحدهما للسوق فعلى السعة ، لكن لا بد أن يريد أو ينقص ليطلق على المسائل كلها .

قوله : (ولو مزح الزيت بزيته المساوي أو الأجود تشاركاً) .

هذا هو الأصح ؛ لأن الريدة لحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب عدواناً ، فلا يسقط حق المالك من العين بسببها ، كما لو صاع النقرة ، وعلق الدابة فسمت وقال الشيخ^(١) ، وإن ادريس يسقط حقه من العين ، لاستهلاك ماله فبتحجير العاصب من الدفع من العين ؛ لأنه تطوع بالزائد ، وبين دفع المثل^(٢) ، والأول هو الأصح .

ولو ثبت ما قاله من الاستهلاك لورد مثله في المزج بالمساوي ، فإن عين المال مستهلكة لا يمكن فصلها

فإن قيل يمكن فصل العيص فلا يسقط حقه منه

قلنا : فكذا هنا .

فإن قيل : هنا زيادة .

قلت : هي زيادة صفة لا زيادة عين ، فلا تقدر في بقاء الحق .

قوله (وبالأردأ يتخير المالك في المثل والعين مع الأرض) .

وجهه : أن حقه من العين لا يسقط بالكلية بفعل العاصب مع إمكان التوصل إلى البعض ، ولتقص في الحليط يجب عليه حبره بالأرض ؛ لأنه مقدمة

(١) المبسوط ٣ ٧٩

(٢) السرائر ٢٧٦

ولو مزجه بالشيرج فهو اتلاف فعليه المثل .

ومزج الحطة بالشعير ليس بإتلاف ، بل يلزم بالفصل بالالتقاط وإن شق .

ولو استدخل الخشبة المغصوبة في سائءه ألزم بالعين وإن أدى إلى الهدم .

ولو رقع باللوح المغصوب سميته وجب قلعه إن كانت على الساحل ، أو كان اللوح في أعلاها بحيث لا تعرق بقلعه . ولو كانت في اللجة وخيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع إلى القيمة إلى أن تخرج إلى

الواجب ، وله المطالبة بالمثل ، لأنه في حكم استهلاك عين ماله ، لا احتلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب ، وهو أدون من الحق فلا يجب قبوله فينتقل إلى المثل في الجميع .

قوله : (ولو مزجه بالشيرج فهو اتلاف فعليه المثل) .

أي - لو مزجه بغير الجنس فهو تالف ، بطلان فائدته وخاصيته ، واحتمل في التذكرة قوياً ثبوت الشركة ، كما لو مزجه بالرصي أو امترجا بأنفسهما^(١)

وبشكل . بأننا على هذا التقدير إن حبرنا المالك بين أحذه مع أرش النقص إن كان ، وبين المثل فقد اثبتنا له أخذ غير^(٢) الجنس في المثلي وهو مناف لثبوت المثل في المثلي ، وإن حبرنا الغاصب فقد حتمنا على المالك أخذ غير^(٣) المثل ، ويعارض هذا بأن سقاط حقه من العين مع وجودها أبصاً مشكل .

قوله : (ولو كانت في الدجة وخيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع إلى القيمة إلى أن تخرج إلى الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة ،

(١) التذكرة ٢٩٥

(٢) (٣٠٢) في (ق) : عين .

الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة ، أو مال لغير الغاصب ، ولو كان له فالأقرب العين .

ولو خاف ثوبه بحیوط مفضوة وجب نزاعها مع الإمكان ، ولو خيف تلفها لصعفها فالقيمة .

أو مال لغير الغاصب .

ظاهر العبارة أن لحيوان ندي له حرمة يرجع معه إلى القيمة وإن كان للعاصب ، وقد به عليه في التذكرة^(١) ووجه القرب احترام الحيوان ومال الغير فيجمع بين الحقين يدفع القيمة

والمراد بالحيوان المحترم بما لا يحوز اتلافه مطلقاً أو بغير الذبح ويحتمل ضعيفاً أحد العير ، لأنها وصفت بغير حق فيشت جوار انتراعها . ويشعي أن يقال إذا كان المال لعالم بالعصب ووضع بعد علمه فهو كمال العاصب به عليه في التذكرة^(٢) .

قوله : (ولو كان له فالأقرب العين) .

لأنه عاد بفعله ومقدم على دهاب ماله ، ولأن دفع المعصوب إلى المالك واجب على الفور ولا يتم إلا بهذا ، ولأن عدوان العاصب لا يباسه التحفيف . ويحتمل ضعيفاً العلم ؛ لإمكان الوصول إلى الحق^(٣) بغير ضرر وله أمد ينتظر بحلاف الساء ، ويدفع القيمة الآن للحيلولة بحصل الجمع بين الحقين .

قوله : (ولو خاف ثوبه بحیوط مفضوة وجب نزاعها مع الإمكان ، ولو خيف تلفها لصعفها فالقيمة) .

ولو طلب المالك نزاعها وإن أفضى إلى التلف وجب ثم يضمن الغاصب

(١) التذكرة ٢ : ٣٩٦ .

(٢) المصدر السابق

(٣) في دفعه . وصول الحق

وكذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة ، إلا مع أمن التلف والشين ، ولو مات المجروح أو ارتد ففي النزاع اشكال من حيث المثلة .

النقص ، ولو لم يبق لها قيمة عزم جميع القيمة ، ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك ، كما سبق من أن جنابة الغاصب توجب أكثر الأمرين ، ولو استوهبت القيمة أخذها ولم يدفع العين .

قوله : (وكذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة ، إلا مع أمن التلف والشين) .

لا فرق بين أن يكون هذا الحيوان للغاصب أو لغيره ، أو يكون هو نفس الغاصب بحفظ النفس عن التلف ، ولو كان الحيوان مأكول اللحم وهو للغاصب فهل يؤمر بذبحه؟ وجهان : نعم لأن بكلفك يصل الحق للمولى مستحقه ، ولا لحرمة الحيوان ، ولهذا يؤمر مالكة بالانصاف عليه ويمنع من اتلافه ، وكل محتمل .

ثم إن خاط به جرح نفسه فالضمان عليه ، وإن كان جرح غيره فإن كان غير عالم بالغصب ولا أدن فالضمان على الغاصب ، وإن أذن فكما لو أطعم المالك طعام نفسه جاهلاً ، وإن كان عالماً وأذن فقرار الضمان عليه ، كذا قال في التذكرة^(١) وفي الحكمين الأخيرين نظراً لأن المباشر للاتلاف هو الغاصب وبالأذن لا يصير مباشراً .

واعلم أنه إذا أفسد التلف والمرض ولشيش المجوز للتيمم ، وكذا كل محذور يجوز معه العدول إلى التيمم من الوصوه وجب النزاع وإلا فلا ، صرح به في التذكرة .

قوله : (ولو مات المجروح أو ارتد فاشكال من حيث المثلة) .

ولو أدخل فصيلاً في بيته ، أو ديناراً في محبرته وعسر اخراجه كسر عليه وإن نقصت قيمته عنها ، ولو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل والدينار الأرض ، سواء كان بفعله أو لا . ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة وأمكن اخراجه بكسره كسر .

المسهي عنها ، ومن وجوب رد الملك الى مالكه ، وإنما في هذا من المتوقفين .

قوله : (ولو أدخل فصيلاً في بيته ، أو ديناراً في محبرته وعسر اخراجه كسر عليه وإن نقصت قيمته عنها) .

أي : كسر كل من الباب والمحبرة وإن لم يكن المرجع بيناً لأنه عاد بفعله هذا ، سواء كان الفصيل والدينار انقص قيمة مما يكسر أم لا .

قوله : (ولو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل والدينار الأرض ، سواء كان بفعله أو لا) .

أي : ولو لم يكن ذلك بفعل صاحب البيت والمحبرة غرم صاحب الفصيل والدينار أرض الكسر ، لأنه لتخليص ماله ، سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره ، لكن لا بد أن لا يكون غاصباً للدينار والفصيل ، فإن الغاصب يجب عليه ايصال الملك الى مالكه وجميع مؤن ذلك .

قوله : (ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة وأمكن اخراجه بكسره هو كسر) .

لوجوب ارتكاب أخف الضررين عند التعارض ، وهذا اذا لم تكن محبرة الغاصب ، ولا يعد أن يقال . إن الدينار يقبل العلاج والاصلاح بسرعة وسهولة ، إذ ليس إلا تجديد السكة بخلاف المحبرة ، فيكسر الدينار زادت قيمته أو نقصت ، نعم لو زاد نقصه على قيمة نقصان المحبرة اتجه كسرها وضممان الأرض .

ولو أدخلت دابة رأسها في قعر واحتيج إلى الكسر ، فإن كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن ، وإن لم تكن يده عليها : فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كسرت ولا شيء له ، ولو انتفى التفريط عنهما كسرت وضمن صاحب الدابة ؛ لأن ذلك لمصلحته .

فرع :

قال في التذكرة : فيما لو غصب شخص دياراً فوقع في محبرة العير بفعل الغاصب أو بغير فعله كسره لرده ، وعلى الغاصب ضمان المحبرة ؛ لأنه السبب في ضمان المحبرة ، وإن كان كسرها أكثر ضرراً من قيمة الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر^(١) .

قوله : (ولو أدخلت دابة رأسها في قعر واحتيج إلى الكسر فإن كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن)
لأن فعلها منسوب إليه في الحالتين ، فيكسر القدر صواباً للحيوان ، ويضمن القيمة إن لم يكن لمكسور القدر قيمة ، وإلا فلا ربح .

قوله : (وإن لم تكن يده عليها ، فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كسرت ولا شيء له) .

لاستناد ذلك إلى تفصيله ، فلا يستحق بسببه شيئاً

قوله : (ولو انتفى التفريط عنهما كسرت وضمن صاحب الدابة ؛ لأن ذلك لمصلحته) .

إسما يكسر القدر لصيانة ذي النعم عن الاتلاف ، وإنما يضمن صاحب الدابة ؛ (لأن ذلك)^(٢) لمحض مصلحته ، إذ تخيص الدابة لا يكون إلا بالكسر .

(١) التذكرة ٢ : ٣٩١

(٢) لم ترد في (ق)

ولو نقصت قيمته لعيب ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة .

فإن قيل . تخلص ما يبقى من القدر بعد الكسر أيضاً يحصل بذلك فيكون الأرض عليهما نعم لو لم يتق لمكسور القدر قيمة كان الائتلاف لمحص تخلص الدابة ، ومثله احراج بمصيل من البيت ؛ لأنه تعطيل بعض جوانبه بكونه فيه .

قلنا : ذلك غير مقصود بل هو حاصل بالتبع ، وإنما المقصود بالقصد الأول خلاص الحيوان ، وفيه ما فيه .
ولو فرطاً معاً كسرت القدر أيضاً وصح من صاحب الدابة ، لأنه لمصلحة كما لو لم يفرطاً ، ذكره في التذكرة (١) وهذه كلها مذكورة استطراداً ، فإن ذلك لو كان مع العيب لكان الضمان على الغاصب .
فرع :

قال في التحرير في مسألة ما اذا اتلع حيوان جوهرأ ، ومسألة الفصيل وما معه . انه لو قال من عليه الضمان : انا اتلف مالي ولا اضرم شيئاً فله ذلك (٢) . وفيه نظره ؛ لأنه اذا وجب عليه تحصيل مال الغير في صورة التعريط كيف يستقيم ذلك .

قوله : (ولو نقصت قيمته بعيب ، ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة) .

أي : بعد الزوال ، ويجيء هذا الاشكال السابق ، من ان الزائل لا ينحصر بالعائد لكونهما مالين للمالك ، ولأن العيب موجب للأرض فأي دليل يدل على سقوطه .

(١) التذكرة ٢ . ٣٩١

(٢) تحرير الاحكام ٢ . ١٤٤

الفصل الثالث : في تصرفات العصب : ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد ، فلو وطأ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها أو عشر قيمتها مع البكارة ، ونصفه مع الثبوتية على الخلاف .

قوله : (ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد) .

مع أنه في حال الرد لا يخرج عن العصب وعن حكم الصمان ، لكن امتنع التحريم لكون الرد واجباً .

قوله : (فلو وطأ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها ، أو عشر قيمتها مع البكارة ، ونصفه مع الثبوتية على الخلاف)

إذا وطأ العاصب الجارية المفصولة : فإما أن يكونا جاهلين بالتحريم كما لو كانا قريبي عهد بالاسلام ، أو عالمين ، أو الواطيء عالماً دونها ، أو بالعكس ، ثم مع العلم إما أن يطأها صفتارة ، أو مكرهاً ومع الحهل إما أن يطأ بغير عقد ، أو مع العقد ، فهذه صور :

أ : إذا وطأها جاهلين بالتحريم وجب مهر المثل ؛ لأنه صوص منفعة البضع ، وبه قال الشيخ^(١) ، وإس ادريس^(٢) ، وقال بعض الأصحاب : إنه يجب العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيباً^(٣) ، للرواية^(٤) . ورد بأن ذلك ورد في من اشترى جارية ووطأها وكانت حاملاً ، وأراد ردها فإنه يرد نصف عشر قيمتها فلا يقاس عليه .

وإن كانت بكراً قال في المبسوط . عليه أرش البكارة ، وقيل أنه عشر قيمتها ، قال : ورواه أصحابنا^(٥) ، وهذان لقولان هما للذان أرادهما المصنف

(١) المبسوط ٣٠٦ .

(٢) السرائر . ٢٧٨ .

(٣) نقل القول في السرائر ٢٧٨ .

(٤) التهذيب ٧٠٦ - ٦٣ حديث ٢٦٦ - ٢٧٢ .

(٥) المبسوط ٣٠٦ .

بقوله : (على الخلاف) .

ثم إن الحارثية لو كانت نكراً وافترضها بالوطء فهل يدخل أرض الجنابة بإزالة البكارة في مهر المثل على بقول به بأن يوجب مهر امثالها بكرة وفي العشر على القول الآخر أم لا؟ فيه قولان :

أحدهما . يدخل واختاره المصنف في التحرير^(١) ، وشيخنا الشهيد في الدروس^(٢) ؛ لأن البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر أو العشر

والثاني . لا ، واختاره المصنف في التذكرة^(٣) ، وهو أقوى ؛ لأن الوطء استيفاء لمصلحة البضع ، وإزالة البكارة حباية فلا يدخل حكم أحدهما في الأخرى ، ولو لحظنا في مهر المثل كونها نكراً فكذلك ؛ لأن وطء المكر خلاف وطء الثيب ، فهي الحقيقة ذلك معحوظ باعتبار الوطء لا باعتبار الجنابة .

فعلى هذا يجب للنكارة شيء رائد ، فهو إما العشر كما هو مختار المصنف في كتاب الحدود - والشيخ يقول أنه مروي^(٤) . فيجب عشرا^(٥) ، أو الأرض - أعني : نقصان القيمة - كما هو مختار ابن ادریس^(٦) ، نظراً إلى نقص المالية وعلى ما سبق من أن الواجب على الغاصب في الحباية التي لها مقدار أكثر الأمرين يجب هنا الأكثر من العشر والأرض ، فتكون الاحتمالات ثلاثة .

إذا عرفت هذا فقول المصنف . (ويحتمل مع البكارة الأكثر من الأرض والعشر) الظاهر أنه جار على عدم دخول أرض النكارة في الواجب بالوطء من

(١) تحرير الأحكام ٢ : ١٤٢ .

(٢) للدروس . ٣١٠

(٣) التذكرة ٢ : ٣٩٦

(٤) المبسوط ٣ : ٦٦

(٥) العبارة في نسخة (ق) مشوشة ، ووردت هكذا والشيخ لا يقول الشيخ أنه مروي فيجب عشر وإن راد

(٦) السرائر ٢٧٨

ويحتمل مع البكارة الأكثر من الأرض والعشر ، ومع العقد جاهلين
الأكثر من الأرض والعشر ومهر المثل .

مهر المثل ، أو العشر وهو الاحتمال الثالث فيما يجب لروال البكارة على
الغاصب .

وتخيل أنه احتمال برأيه معادل للقولين السابقين وهم : أما أولاً ؛ فلأن
الناس بين قائلين : قائل مدحول أرض البكارة في الواجب بالوطء ؛ وقائل
بعدمه ، وعلى هذا الخيال لا يستقيم على واحد من القولين .

أما على الدخول ؛ فلأنه على هذا التقدير لا يضر إلى غير ما وجب بوطء
السكر من دون التفات إلى أرض السكر ، وأما على العدم فلا بد من وجوب
الأرض مع الواجب بالوطء استقلالاً ، فلا معنى لوجوب الأكثر فقط حيث .

وأما ثانياً ؛ فلأن اللازم على هذا التقدير وجوب الأكثر من الأرض والعشر
أو مهر المثل ، لا الأكثر من الأرض ولعشر ؛ لأن هذا إنما يكون بناء على وجوب
العشر بالوطء وفرض كون الأرض أزيد ، فيبقى ما إذا أوجبت مهر المثل ، وفرض
كون الأرض أزيد لا تفي العبارة به مع ما عرفت من أنه لا قائل بذلك .

وأما ثالثاً ؛ فلأن الأرض إنما يؤخذ عن الحماية فيبقى الوطء بغير عوض ،
وكلام الشارح الفاضل^(١) لا يكاد يتحصل منه ما يُعْمَل عليه ، وكلام الشارح
الآخر قاصر ، ولا يحفى أن وجوب أكثر لأمرين أقوى ؛ بناء على ما قدمناه في
أول الباب .

قوله : (ومع العقد جاهلين الأكثر من الأرض والعشر ومهر المثل)

من الصور السابقة ذكرها . أن يعقد غصب على الجارية المنصوبة ،
معتقداً كل منهما صحة الكاح فيطأها ، ويوجب بالوطء هو مهر المثل ليس
إلا ؛ لأنه دخل على لروم المسمى بالوطء وقد فات لفساد العقد فيجب مهر

(١) إيضاح الموائد ٢ . ١٨٨ .

ولو افتصها بإصبعه فعليه دية لبيكاره ، فإن وطأها مع ذلك لزمه
الأمران وعليه أجرة مثلها من حين غصها الى حين عودها ،

المثل قولاً واحداً .

فإذا كانت بكرة وجب مع ذلك أكثر الأمرين من العشر وأرش البكاره؛
للمجناية بإزالة البكاره بناء على الاحتمال السابق من وجوب أكثر الأمرين على
العاصب . ويحتمل وجوب مهر المثل فقط بناء على التداخل ، ويحتمل وجوبه
مع العشر أو الأرض^(١) على القولين الآخرين ، هذا هو الذي يظهر من عبارة
الكتاب .

فعلى هذا يقرأ قوله : (ومهر المثل) بالرفع عطفاً على قوله :
(والأكثر) . وقد فهم الشارح السيد من العارة أن الواجب أكثر الأمور الثلاثة ،
والظاهر أنه وهم ، لأن الواجب بالمعقد مهر المثل فكيف يتصور وجوب العشر أو
الأرض لو كان أكثر ، والصحيح ما قلناه ، وعلى هذا فالراجع هو مختاره هنا
قوله . (ولو افتصها بإصبعه فعليه دية البكاره) .

لأن ذلك جناية ، وفي دينها خلاف ، وبالنسبة الى العاصب يجب أكثر
الأمرين على ما اخترناه .

قوله : (فإن وطأها مع ذلك لزمه الأمران) .

أي : مع الافتصاص ، وإنما لزم الأمران لتعدد السبب واختلافه .

قوله : (وعليه أجرة مثلها من حين غصها الى حين عودها) .

يندرج فيه زمان الوطء ، وفيه شيء ؛ لأنه قد ضمن منفعة البضع
المستوفاة في ذلك الزمان .

(١) في دم : مع الأرض

فإن احبلها لحق به الولد ، وعليه قيمته يوم سقط حياً وأرث ما نقص من الأم بالولادة .

ولو سقط ميتاً فاشكال ينشأ . من عدم العلم بحياته ، ومن تضمين الأجنبي ، أما لو وقع بحياته فالأقوى الضمان .

قوله : (فإن احبلها لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً وأرث ما نقص من الأم بالولادة) .

أما إلحاقه به فللشهة ، وأما وجوب قيمته يوم سقط حياً^(١) ، لانه وقت امكان التفويم ، ولتحقق تفويته على بمالك حياض ، فيقوم لو كان رقيقاً ويسلم الى المولى مع أرث نقصان الأم بالولادة لو نقصت

قوله : (ولو سقط ميتاً فاشكال ينشأ . من عدم العلم بحياته ، ومن تضمين الأجنبي) .

لو سقط الولد ميتاً لا بحياة حان من العاصب أو أجنبي فهي وجوب شيء على العاصب اشكال ينشأ من عدم العلم بحياة الولد ووجوب شيء فرع ثبوتها ؛ لانه إما يقوم بعد سقوطه حياً ، وهو قول الشيع في المسوط^(٢) ، ومن اعتراه بتضمين الأجنبي لو سقط بحياته ميتاً ، والفرق غير ظاهر ، فإن عدم العلم بحياته^(٣) ثابت على كل من التقديرين ، ولأصح الضمان فيضمن للمالك دية جين أمة .

قوله : (أما لو وقع بجناية فالأقوى الضمان) .

وجه القوة . ان السقوط عقيب الصير يظهر منه أن الموت بسببه ، ويرد عليه الشك في الحياة فلا أثر للصير وربما فرق بين هذه والتي قبلها بأن

(١) في دق : حيا ، وأرث ما نقص من الأم بالولادة

(٢) المسوط ٣ : ٦٦ .

(٣) في (م) : بحياته

ولو ضربها أجنبي فسقط فعلى الضارب للعاصب دية جنين حر ،
وعلى العاصب للمالك دية جنين أمة

ولو كانا عالمين بالتحريم : فإن أكرهها فللمولى المهر والولد
والأرض بالولادة والأجرة ، وعلى العاصب الحد ، ولو طأعته حدا . وفي
عوض الوطء اشكال ينشأ : من النهي عن مهر البغي ، ومن كونه حقاً
للمالك

الجاني لو كان احبباً يضمن للعاصب دية جنين حر وذلك يقتضي حياته ،
فيضمن العاصب للمالك لاستحقاقه على هذا التقدير وليس شيء ؛ لأنه لو
كان اصالة عدم الحياة مؤثراً لأثر على التقديرين ، والأصح لصمان

فإن كان الجاني هو العاصب ضمن دية جنين حر ، منها دية جنين رفيق
للمالك والباقي للامم عليه السلام . كما لو جنى الحر على زوجته الأمة
فأسقطت حبساً ، وإن كان الجاني احبباً ضمن دية جنين حر وعلى العاصب دية
جنين رفيق كما ذكره المصنف بقوله (ولو ضربها احبباً)

قوله : (ولو كانا عالمين بالتحريم فإن أكرهها فللمولى المهر والولد
والأرض بالولادة والأجرة ، وعلى العاصب الحد)

من الصور التي سبق ذكرها ما اذا كانا عالمين بالتحريم ، لكن الأمة
مكرهة على الوطء فيكون العاصب رابياً ذوبها ، فيجب مهر المثل للمولى ؛
لانتفاء المانع وهو كونها بعباً ، وله الولد ؛ لأنه بماؤها ، وهو غير لاحق بالعاصب
لكونه ولد زنا بالسنة اليه ، وأرض النقص بالولادة والأجرة ، وعلى العاصب
الحد لكونه زانياً

قوله : (ولو طأعته حدا ، وفي عوض الوطء اشكال ينشأ : من
النهي عن مهر البغي ، ومن كونه حقاً للمالك)

هذه من الصور السابقة أيضاً ، وهي ما اذا طأعته وكانا عالمين بالتحريم

أما لو كانت بكرة فعليه أرش البكارة ولا يلحق به الولد ، فإن مات في يد العاصب ضمنه ، وإن وضعته ميتاً فلاشكال كما تقدم

فيحذان لكونهما زانيين ، وهل يجب المهر عوض الوطء للمولى ؟ فيه اشكال ينشأ : من النهي عن مهر البني ، فإن النبي صلى الله عليه وآله نهى عنه ^(١) ، وهو شامل لصورة الرأع ، ومن أنها مال لغيره وبضعها حق له فلا يؤثر رضاها في سقوط حقه ، والنهي محمول على الحرة .

ويصغف بأن النهي المنقول على إطلاقه لا يجوز حمله على فرد خاص إلا بدليل ، وعوض البضع فيه شائبة التعبد فلا يثبت إلا حيث انته الشارع ، وليس البضع كسائر المباح ، فإن الولي لو رضي بوطئها على مهر لم يصح ولم يستحق شيئاً إلا مع العقد ، بخلاف سائر المباح فلا يتحقق ماله مطلقاً بل على وجه مخصوص ، وهذا أقوى .

قوله : (أما لو كانت بكرة فعليه أرش لبكارة) .

أي : في صورة كونهما عالمين ؛ لأن رلة البكارة حاية عليها يجب أرشها ، وليست كالوطء .

قوله : (ولا يلحق به الولد ، فإن مات في يد العاصب ضمنه ، وإن وضعته ميتاً فلاشكال كما تقدم) .

إنما لم يلحق الولد لكونه ولد ربي فيكون رقاً للمولى ، لأنه بناءً مملوكة وهو مضمون على العاصب ، فإن وضعته ميتاً فلاشكال في الصمان كما سبق للشك في حياته ، وربما رجع الصمان ها هنا التقويم في الأول إنما هو بعد وضعه حياً بخلافه هنا ولا اثر له ؛ لأن المراد التقويم المخصوص لا وجوب دية الحنين الذي يراد وجوبه في الموصعين ، والأصح الصمان ها ايضاً .

(١) سنن ابن ماجه ٢ : ٧٣٠ حديث ٢١٥٩ ، سنن الترمذي ٢ : ٢٧٣ حديث ١٢٩٣ ، سنن أبي داود ٢ :

٢٦٧ حديث ٣٤٢٨ ، الجامع الصغير ٢ : ٦٩٧ حديث ٩٤٥٦

ولو كان بجناية جان ضمن جنين أمة .

ولو كان الغاصب عالماً دونها لم يلحق به الولد ووجب الحد والمهر عليه ، وبالعكس تحد هي دونه ولا مهر على اشكال ويلحق به الولد .
ولو باعها الغاصب فوطأه المشتري عالماً بالغصب فكالغاصب ،
وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ . من أن منافع البضع هل تدخل

قوله . (ولو كان بجناية جان ضمن جنين أمة) .

لما ذكرناه سابقاً

قوله : (ولو كان الغاصب عالماً دونها لم يلحق به الولد ، ووجب الحد والمهر عليه) :

هذه أيضاً من الصور التي سبق ذكرها ، وهي ما اذا كان الغاصب عالماً بالتحريم دونها فهو زان دونها ، فلا يلحق به الولد بل يكون للمولى نسباً بالنسبة اليها ويجب عليه حد الزاني والمهر تكون لوطه محترماً من طرفها

قوله : (وبالعكس تحد هي دونه ، ولا مهر على اشكال ، ويلحق به الولد) .

المراد بالعكس أن تكون هي عالمة بالتحريم دونه ، وهي من الصور المذكورة سابقاً ، وحكمها أن عليها الحد دونه ، ويلحق به الولد دونها فتجب قيمته على ما سبق ، وفي ثبوت مهر الاشكال السابق من كونها بغياً ، ومن أنها مال الغير ، والظاهر العدم .

قوله : (ولو باعها الغاصب فوطأها المشتري عالماً بالغصب فكالغاصب .

فكالغاصب في جميع الاحكام السابقة .

قوله : (وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ، ينشأ من أن منافع

تحت الغصب ،

البضغ هل تدخل تحت الغصب) .

أي . في مطالبة المالك للغاصب بهدء لمهر - وهو اللارم للمشتري الواطيء ، كما يطالبه سائر المنافع التي استودها المشتري ، فيكون مخيراً في المطالبة لكل منهما ، وقرار الصمان على المشتري انعام دون الحامل - نظر يشأ . من [أن] مافع البضغ هل تدخل تحت الغصب ، أم لا

وقد ذكر المصنف في الركن الثاني أن مافع الصغ لا تضمن^(١) بالفوات ، فإن اليد لا تثبت على منعة الصغ ، فإنها وإن كانت مملوكة للمولى إلا أن فيها شائئة التعد ، فلا تجري مجرى سائر المملوكات ، ومن ثم يحوز ترويح الحارية المضمومة دون بيعها وانجارتها ، لأن اليد العاصب حائلة بين المشتري والمستاجر وبين الجارية

ولو تداعى اثنان نكاح امرأة لكنت الدعوى عليهما ولا ترجيح باليد ، ولو وطئت الروحة بالشبهة فمهر المثل لها دون بروج ، ولأن سائر المافع تملك ملكاً تاماً ، فيجوز نقلها الى مالك آخر كسائر الأموال ، بخلاف منعة الصغ فإنها إنما يستحق الانتفاع والارتفاق بها .

لكن يرد على ما ذكره أن عدم دخول مافع الصغ تحت الغصب أمر محقق هذه ، فكيف يتردد فيه ويبنى نظر عن التردد فيه ؟

ولو قال . يشأ من أن مافع الصغ لا تدخل تحت الغصب ولا تضمن إلا بالاستيفاء وهو منحصر في جانب المشتري ، ومن أن عدم ضمانها وانتفاء دخولها تحت اليد إنما ينع من استحقاق المطالبة بعرضها بالفوات ، أما إذا استوفيت فإنها مضمومة لا محالة فقد أدى الحق الى العزم فحجرى مجرى الجناية وليسببية الغاصب في ذلك لكان أولى وأوفق لما في التذكرة^(٢) .

(١) في «م» يضمن

ولا يجب إلا مهر واحد بوطئات اذا اتحدت الشبهة ، وفي تعدده بتعددده مع الاستكراه نظر .

ويضعف الثاني بأن المقتضي للصمان في حق العاصب هنا متنفذ ، إذ الاستيفاء متنفذ في حقه ، وليد ليست سبباً ، ووجوب المهر على المشتري لا يستدعي الوجوب على العاصب مع انتهاء سببه ، وهذا أقوى ، ولا فرق في ذلك بين أن تقول : للمشتري الجاهل الرجوع بالمهر لو عرّمه على العاصب ، أو لا .

واعلم أن الشارح الفاضل قال : إن مراد المصنف بقوله (يشأ من أن مافع البضع هل تدخل تحت عصب) أنه لو فوّنها العاصب بوطئها عالمين وهي محتارة هل يضمها ، ويكون بمنزلة عصب منفعة أو لا ؟ قد ذكر المصنف في الاشكال السابق ~~المراد من كلامه~~ .

ولا شبهة في أن ما ذكره وهم وليس مراد المصنف ، ولا تنطبق عليه عبارته ولا يستقيم الساء لدي ذكره ، لأن هذا الاشكال أت سواء ضمها العاصب اذا وطأها عالمين بالتحريم أم لم يضمه .

قوله . (ولا يجب إلا مهر واحد بوطئات إذا اتحدت الشبهة) .

نزل الشبهة منزلة الكاح الفساد اذا وطأ فيه مراراً ، وهذا أيضاً من الأمور التي خالف فيها منفعة المصنع غيرها من المانع .

ووجهه أن مناط وجوب نمهر هو الوطء حال الشبهة ، وهي متحلة فلا أثر لتعدد الوطء .

قوله : (وفي تعدده بتعددده مع الاستكراه نظر) .

يشأ . من تعدد لسبب ، ومن تحيّن أن السبب هنا هو الوطء ، إذ لا

ومع الجهل ينعقد حرأ ، ويضمن المشتري القيمة ويرجع بها على الغاصب ، فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد ، ويضمن المشتري أجرة المنفعة التي فأتت تحت يده ، ومهر المثل عند الوطء ، وقيمة الولد عند انعقاده حرأ ،

شبهة هنا ، والوطء صادق مع الوحدة والكثرة ، والأصح التعدد ، لأن الاستكراه بعنزلة الشبهة في حق المكرهة فإذا تعدد كإن كما لو تعددت الشبهة .

قوله : (ومع الجهل ينعقد حرأ ويضمن المشتري القيمة) .

أي ينعقد الولد حرأ لكونه سببا حثيثا للشبهة ، ويضمن القيمة للمالك كما سبق في العاصب .

قوله : (ويرجع بها على العاصب فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد) .

وذلك لأن الولد على تقدير صحة الشراء يكون للمشتري مجاباً بغير عوض ، بخلاف المبيع فإنه في مقابل الثمن فليس مجاباً ويكون مضموناً بهذا الاعتبار ، ولهذا لا يرجع بمقدار الثمن لو لم يكن سلمه

قوله . (ويضمن المشتري أجرة المنفعة التي فأتت تحت يده)

لأنها مضمونة بمحرد اثبات اليد .

قوله : (ومهر المثل عند الوطء) .

لأن منفعة المصع^(١) تضمن بالاستيفاء .

قوله : (وقيمة الولد عند انعقاده حرأ)

يشعي أن يعلق الطرف به (يضمن) لأنه أول أوقات دخوله في صمائه ، لكن لا يجوز جعله ظرفاً للقيمة ؛ لأن القيمة الواحدة عند سقوطه حياً ، وحمل

(١) في حق الوطء .

ويرجع بكل ذلك على العاصب مع جهله ، ويفرم قيمة العين اذا تلفت ولا يرجع ، وكذلك المتزوج من العاصب لا يرجع بالمهر . وفي رجوع المشتري بقيمة مبيعة استوفاه خلاف .

استوفاه حراً على سقوطه حياً تكلف بعيد

قوله (ويرجع بكل ذلك على العاصب مع جهله) .

لمكان العرر وإن كان في بعضها خلاف ميانى ذكره إن شاء الله تعالى

قوله : (ويفرم قيمة العين اذا تلفت ولا يرجع)

أي . وإن كان جاهلاً ، لأنه إما دخل على كونها مضمونة بالمعنى الذي حققه ، فلا يتحقق له عرور بالنسبة إليها مع جهله ، لكن هذا إما يستقيم بالنسبة الى ما قابل الثمن ، فلو زادت قيمة العين على الثمن فالأصح رجوعه بالرائد ، لدخوله على أنه في حكم ما لا عوض له فيتحقق العرور فيه .

قوله (وكذلك المتزوج من العاصب لا يرجع بالمهر) .

لأنه دخل على وحبوب المهر فلا تغريب فيه ، لكن لو كان المسمى أقل من مهر المثل ينبغي أن يرجع بالزائد لتحقيق العرور فيه ، وإطلاق العبارة في التذكرة كما هنا وإن كان آخر كلامه دالاً على ما قلناه ، حيث قال والصابط في هذه المسائل أن ينظر فيما عرره من ترتيب يده على العاصب عن جهل إن شرع فيه على أن يصمه لم يرجع به ، وإن شرع على أن لا يصمه فإن لم يستوف ما يقابله رجع به ، وإن استوفاه فقولان للشافعية^(١) .

قوله : (وفي رجوع المشتري بقيمة مبيعة استوفاه خلاف) .

قد سبق بعض المسائل التي حكم فيها بالرجوع مع أنها من هذا القبيل

ولو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرش النقص ، ولو تعيب في يده احتمل الرجوع ؛ لأن العقد لا يوجب ضمان الأجزاء بخلاف الجملة وعدمه ،

كالوطء ، وحكاية الخلاف لا تنافي جزمه بأحد الطرفين وكذا القول في باقي المنافع كالسكنى ، واتلاف الثمرة المتجددة لا التي كانت وقت البيع ، والولد واللبن والصوف كذلك .

قوله : (ولو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرش النقص) .

أي ، لو بنى المشتري في المبيع المخصوص جاهلاً بالنصب فقلع المالك بناءه فالأقرب أنه يرجع بأرش نقص البناء ، ونقص الآلات إن نقصت بالقلع ؛ لأنه دخل على انتقال المبيع إليه ، وجوار التصرفات لها من سوء وغيره ، فمهما فات من ماله بذلك فهو مستند إلى تحرير البائع إياه ، والمغرور يرجع على من غره ، والعائد من ماله ما هو نقص البناء والآلات لا أجره العمال^(١) لأنها عوض عنه . ويحتمل أن لا رجوع له ؛ لأن دئت بفعله ، والبائع لم يأمره به ، والأصح الأول ؛ للمغرور .

قوله . (ولو تعيب في يده احتمل الرجوع ، لأن العقد لا يوجب ضمان الأجزاء بخلاف الجملة وعدمه) .

أي : لو تعيب المبيع في يد المشتري من العاصب جاهلاً فغرمه المالك الأرض احتمل أن له الرجوع على العاصب بما غرمه أرشاً ، لأنه دخل على أن المضمون عليه هو الجملة دون الأجزاء ، لعدم مقبلتها بالثمن ، إنما المقابل به هو المجموع .

ولهذا لو تعيب المبيع في يد البائع قبل القبض لم تكن للمشتري المطالبة بالأرض عند جماعة ، بل إما أن يرضى به كدك أو يفسخ ، ولو قسطلت أجزاء

(١) في «ق» . الأعمال

ونقصان الولادة لا ينحبر بالولد ؛ لأنه ريادة جديدة .

ولو غصب فحلاً وأُبراه على الأثى فالولد لصاحبها وإن كانت
للعاصب ، وعليه الأجرة على رأي

الشمس على اجراء المبيع لكان له أن يرجع بقسط العائت من الثمن ، وقد سبق
في كتاب البيع أن الأصح خلاف هذا .

ويحتمل عدم الرجوع ، وهو الأقوى ؛ لضمان الأجزاء فإنها مقابلة بأجزاء
الشمس ، ولهذا نقول في المسألة امدكورة للمشتري المطالبة بالأرض ، فعلى
هذا لو كان الأرض الذي اعزمه المالك للمشتري في مسألة الكتاب بقدر قسط
ذلك الجزء من الثمن فلا رجوع له به ، وإن راد فالأصح رجوعه بالرائد كما في
الحملة .

قوله . (ونقصان الولادة لا ينحبر بالولد ؛ لأنه ريادة جديدة) .

وهي غير مجانسة لبقائت ليشم ذلك على رأيه .

قوله . (ولو غصب فحلاً فأُبراه على الأثى فالولد لصاحبها وإن
كانت للعاصب) .

لأن الولد بماؤها ، والظاهر أن هذا الحكم مجمع عليه وإن ورد عليه أن
الولد مني المخل ، فلا يكاد يوحد الفرق بينه وبين الحب إذا ثبت في أرض
الغير .

قوله . (وعليه الأجرة على رأي)

قال الشيخ . لا أجرة ؛ للمهي عن عصب^(١) الفحل^(٢) . وهو ضعيف ؛

(١) العصب : الكراء الذي يؤخذ على ضرب الفحل ، ونهي عن عصب الفحل الصراح (عصب)
١٨١ : ١

(٢) المبسوط ٢ : ٩٦ ، وانظر صحيح البخاري ٣ : ١٢٢ - ١٢٣ ، مسند أحمد ١ : ١٤٧ و ١٤ : ١٤ ،
سنن ابن مسجة ٢ : ٧٣١ حديث ٢١٦٠ ، سنن أبي داود ٣ : ٢٦٧ حديث ٣٤٢٩ ، سنن
الدارمي ٢ : ٢٧٢ ، سنن الترمذي ٢ : ٣٧٢ باب ٤٥ حديث ١٢٩١ - ١٢٩٢ .

والأرض لو نقص بالضراب ، ولا تتداخل الأجرة والأرض ، فلو هزلت الدابة لزمه الأمران وإن كان النقص بغير الاستعمال . وفوائد المعصوب للمالك أعياناً كانت كالولد والثمرة ، أو مدفع كسكنى الدار مضمونة على الغاصب .

ولا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع فاسد ، ويضمنه وما يتجدد من منفعه ، الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء ، ويدونه اشكال .

لأنها منفعة مقصودة محللة ، والنهي إما عن بيع ماء أو هو على الكراهية .
قوله : (والأرض لو نقص بالضراب ، ولا تتداخل الأجرة والأرض ، فلو هزلت الدابة لزمه الأمران) .

لأن كل واحد منهما في مقابل شيء غير الآخر^(١) ، ويجيء الاحتمال السابق في أول الباب من وجوب أكثر الأمرين لو كان النقص بسبب الاستعمال .
قوله : (وإن كان النقص بغير الاستعمال)

هو وصلي لما قبله وليس على ما ينبغي ؛ لأن حقه أن يكون المراد الأحق ، والأخفى هنا هو ما إذا كان النقص بالاستعمال ؛ لاحتمال التداخل وإن كان ضعيفاً ، بخلاف ما إذا لم يكن بالاستعمال فإنه لا تتداخل وجهاً واحداً .

قوله : (ولا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد) .
هذه مذكورة هنا استطراداً ، وقد سبق في البيع بعض أحكام المبيع فاسداً .

قوله : (ويضمنه وما يتجدد من منفعه ، الأعيان أو غيرها ، مع جهل البائع أو علمه ، مع الاستيفاء ويدونه على اشكال) .

(١) في رق : الأجرة .

لا ريب في أن البيع الفاسد مضمون؛ لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، وذلك لأنه إنما دخل على تملك العين في مقابل الثمن، فإذا كان العقد غير مملوك وجب رد كل من العوضين إلى مالكه، فلو تعذر وجب بدله من المثل والقيمة، لا متاع فوات العين وما جعلت في مقابله.

فإن قيل: قد كان الواجب أن يكون المضمون ما قابل الثمن دون الزائد؛ لأنه بغير مقابل على تقدير الصحة، والضمان بالفساد على نحو الضمان بالصحيح.

قلنا: لما كان المجموع في مقابله: المجموع، وفاتت المقابلة بفساد العقد كان كل منهما مضموناً بجميع أجزائه؛ نظراً إلى مقتضى المقابلة، وليس هذا كالعاصب لكونه غللاً، وهو مؤاخذ بأشق الأحوال بحلاف البائع هنا.

إذا تقرر هذا، فلا تفاوت في كون المتجدد في المبيع عيناً كالولد أو منفعة كسكنى الدار، ولا في كون النائع عالماً بالفساد أو جاهلاً، ولا بين أن يستوفي المشتري فاسد المنفعة وعدمه، على أشكال في بعض الصور، وهو ما إذا علم النائع بفساد البيع ولم يستوف المشتري المنفعة.

ومشأ الأشكال حيث: من أن الأصل مضمون فكذا الفرع، ولعموم: وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدي^(١)، ولأنه إنما قبضها لمصلحة نفسه لا لمصلحة النائم، ولأن إثبات يده بغير استحقاق، لأن الاستحقاق إنما هو على تقدير صحة البيع وهي مستفية.

ومن أن علم المالك بفساد البيع، وعدم المطالبة دليل على رضاه بكون العين في يد المشتري، ويضعف بأن السكوت أعم من الرضى، ويلزوم مثله في أصل البيع لو علم بالفساد.

(١) مسند أحمد ٥/١٢، سنن الترمذي ٢: ٣٦٨ حديث ١٢٨٤

وما يزداد من قيمته لريادة صفة فيه فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض الى حين التلف إن لم يكن مثلياً .

ولو اشترى من الغاصب عالماً فاستعد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ، ولو قيل : يرجع مع وجود عين الثمن كان حسناً ،

وعلى ما يظهر من كلام الشارح^(١) العاصم فلاشكال في المانع التي لم يستوفها المشتري ، سواء علم النافع بالفساد ، أم لا ، ومثلاً الاشكال حيث مما ذكر ، ومن أنها لم تقبض بالبيع الفاسد ولا بالعصب ، وحصر الصمان فيهما مرسوم ، ثم رجع الثاني بأن مال الغير تحدد في يده بغير فعله فكان كالثوب بطير بالريح^(٢)

اقول وجه الشبه غير ظاهر لأن وضع المشتري يده على الأصل والمانع باختياره على أنها له فلا يتم ما ذكره ، والقول بالصمان لا يحد من قوة .

قوله : (وما يزداد من قيمته لريادة صفة فيه) .

أي : مضمون ، فهو معطوف على ما قبله ، ووجه الصمان تنعية الأصل لكونه جزء أو في حكم الجزء كالسمن وتعلم الصفة

قوله : (فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض الى حين التلف إن لم يكن مثلياً) .

الاصح أنه يضمن قيمته حين التلف وقد سبق ما يصلح بياناً له .

قوله . (ولو اشترى من الغاصب عالماً فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ، ولو قيل : يرجع مع وجود عين الثمن كان حسناً) .

(١) ليضاح لحوادث : ١٩٤

(٢) في ٤٣٥ . نظيره الريح

وللمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين .

ويستقر الضمان على المشتري ، ومع الجهل على الغاصب ، ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يفتزمه مما ليس في مقابلته نفع كالنفقة ، والعمارة ، وقيمة الولد لو غرمه المالك ، وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته كسكنى الدار ، وثمرة الشجرة ، وقيمة اللبن نظر ينشأ من ضعف المباشرة بالغرور ، ومن أولوية المباشرة .

أي لو اشترى من الغاصب العين المعصومة عالمياً بالغصب ، فهذه من تنمة الأحكام السابقة ، فإن السابق هو ذكر أحكام المجارية وبعض آخر ، والأصح أن عين الثمن مع وجوده يرجع بها ، ومع تلفها يحتمل الرجوع لولا أن المصنف نقل فيه الإجماع في التذكرة

قوله : (ومع الجهل على الغاصب)

إنما يستقر على الغاصب مع الجهل ما راد على الثمن ، أما مقدار الثمن فإنه على المشتري ويرجع بالثمن .

قوله (ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يعزمه مما ليس في مقابلته نفع كالنفقة ، والعمارة ، وقيمة الولد لو غرمه المالك) .

لأن قوات ذلك كله بتغيره ، وهي الحقيقة لا فرق بين هذه الأمور وما سبق من بنائه إذا قلح .

قوله . (وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته كسكنى الدار ، وثمرة الشجرة ، وقيمة اللبن نظر ينشأ من ضعف المباشرة بالغرور ، ومن أولوية المباشر) .

الأصح رجوعه بذلك ، لأن لمباشرة ضعيفة بالغرور والسبب أقوى .

فرع : لو اشترك جماعة في وضع اليد على شيء واحد ، وتصرفوا به

ولو زرع الأرض المفضوة أو غرسها فللمالك القلع مجاناً وإن قرب الحصاد ، ولا يملكه المالك بل هو للغاصب ، وكذا الماء وعليه أجرة الأرض وطم الحفر والأرض .

ولو بذل صاحب الغرس قيمة لأرض أو بالعكس لم يجب القبول .

جميعاً فالظاهر أن على كل واحد منهم ما يقتضيه التقييط .

قوله : (ولو زرع الأرض المعصوبة أو غرسها فللمالك القلع مجاناً وإن قرب الحصاد) .

لما روي من أنه . « ليس لعرق ظالم حق »^(١) قوله : (ولا يملكه المالك بل هو للغاصب) وكذا الماء (

قال ابن الجيد إنه يملكه^(٢) تعويلاً على حديث^(٣) لا تعلم صحته قوله : (وعليه أجرة الأرض ، وطم حفر ، والأرض)

إن نقصت بذلك .

قوله : (ولو بذل صاحب الغرس قيمة لأرض أو بالعكس لم يجب القبول) .

إذ لا يجبر أحدهما على بيع ماله ، وهي حواشي شيخنا الشهيد ما صورته : وينسحب الخلاف في المسألة المتقدمة ، وهي قوله : (ولو طلب أحدهما . .) فإنه قال في المختلف : يحاب المالك لا الغاصب^(٤) .

(١) مسند أحمد ٥ : ٣٢٧ ، سنن أبي داود ٣ : ١٧٨ حديث ٣٠٧٣ ، موطأ ٢ : ٧٤٣ حديث ٢٦ ، سنن الترمذي ٢ : ٤١٩ حديث ١٣٩٤

(٢) المختلف ٤٥٨

(٣) مسند أحمد ٣ : ٤٦٥ و ٤٦١ ، سنن أبي داود ٢ : ٨٢٤ حديث ٢٤٦٦ ، سنن الترمذي ٢ : ٤١٠ حديث ١٣٧٨ ، سنن أبي داود ٣ : ٢٦١ حديث ٣٤٠٣

(٤) المختلف ٤٥٥ ، وفي السحتين الخطبتين : للغاصب

وقيل : لو خيف سقوط حائط أسند بجذع الغير ، ولو نقل
المغصوب فعليه الرد وإن استوعت أجرته أضعاف قيمته ،

قلت : ظاهر كلام المختلف في مسألة الصغ ثبوت ذلك في الغرس ،
حيث تعجب من كلام الشيخ بوجوب قبول قيمة الغرس على المستعير ومنع
هنا ، ومقتضى كلامه بعد ذلك في مسألة الررع المدم^(١) .

ويمكن حمل كلام المحتف الثاني على ما إذا لم يطلب المالك الزرع
بالقيمة ، إلا أن قوله . لا . إنه عين مال العاصب فلا ينتقل عنه إلا برضاه^(٢)
ينتهي ذلك .

والحاصل أنه إن ثبت قوله هاهنا يملك المالك بالقيمة إذا أراد فهو قول لا
يخلو من قوة كما سبق

قوله : (وقيل : لو خيف سقوط حائط أسند بجذع الغير)

هذا قول الشيخ^(٣) ، ويصحف بأن التصرف في ملك الغير بغير إذنه لا
يجوز ، والحق أنه إن خيف ترك أسناده ضرر على نفس محترمة وبحود ذلك حار
أسناده ، لجواز اتلاف مال الغير لحفظ النفس ويضمن العوص .

ويدوح من تعليل الشيخ إرادة هذا المعنى حيث قال . إن مراعاة المصالح
الكلية أولى من الجبرية مع التعارض ، وهذا حيث لا يمكن نقصه أو يحاف
المعاجلة قبله .

قوله : (ولو نقل المغصوب فعليه الرد وإن استوعبت أجرته أضعاف
قيمه) .

لأنه عاد بفله فيجب عليه الرد بكل حال .

(١) المختلف : ٤٥٨

(٢) المختلف : ٤٥٩ .

(٣) المبسوط ٣ : ٨٦

ولو طلب المالك أجره الرد لم يجب القبول ، ولو رضي المالك به في موضعه لم يحز النقل .

ولو بنى الأرض بتراب منها وآلات المنصوب منه لزمه أجره الأرض مبنية ، ولو كانت الآلات للغاصب لزمه أجره الأرض خراباً .

ولو غصب داراً فنقصها فعليه الأرض ، وأجر دار إلى حين نقضها ، وأجر مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها ،

قوله : (ولو طلب المالك أجره الرد لم يجب القبول)

لأن حقه هو الرد دون الأجرة .

قوله : (ولو بنى الأرض بتراب منها وآلات المنصوب منه لزمه أجره الأرض مبنية) .

لأن الصفة^(١) الحادثة بالبناء للمالك ، إذ هي زيادة في ماله وإن كانت بسبب الغاصب كالسمن وصياغة القرة

قوله : (ولو كانت الآلات للغاصب لزمه أجره الأرض خراباً) .

لأن البناء ملك للغاصب وإن كان عدواناً ، لكن على ما تقرر من أن زيادة الصفة في ملك المالك بفعل الغاصب للمالك يجب أن تكون للمالك حصّة الأرض من أجره المجموع بعد التقسيط على الأرض والبناء ، لأن الهيئة الاجتماعية تقتضي زيادة انتفاع بالأرض فتزيد أجرها بذلك

وقد سبق فيما لو صبغ الثوب فرادت بقيمة أن الريادة تقسط عليهما ، وهي مبنية على ما ذكرنا هنا .

قوله : (ولو غصب داراً فنقصها فعليه الأرض وأجره دار إلى حين نقضها ، وأجره مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها) .

(١) في دم، القيمة .

وكذا لو بناها بآلته .

أما لو بناها بآلتها فعليه أجر عرصة من حين النقص الى حين البناء ،
وأحرها داراً قبل ذلك وبعده

ولا يجوز لغير الغاصب رعي الكلاً السات في الأرض المغصوبة ،
ولا الدفن فيها .

لأن النقص اخرجها عن كونها مسية ، وقد عدم ما نقص منها وصمته
بالأرض ، فلم يبق له منفعة ليضمن أجرتها ، وتردد في التذكرة في لزوم أجره
مثلاً الى حين الرد أو الى حين النقص ويشكل بأن العين اذا تلفت بضمن
بدلها لا أجره منفعتها كالعبد اذا مات

ويشكل المرقى بأن العبد اذا مات لا امد ينقطع عنده صمان أحرته بخلاف
هدم الدار ، لأن الامد ردها عن مالها مهدومه

قوله : (وكذا لو بناها بآلته) .

أي . بعد الهدم فإنه يضمن أجرتها بعد النقص مهدومة .

قوله : (أما لو بناها بآلتها فعليه أجره عرصة من حين النقص الى
حين البناء ، وأحرتها داراً قبل ذلك وبعده) .

أي : قبل النقص وبعد البناء ، فم يتوارد اسم الإشارة والضمير على أمر
واحد ، ووجه ذلك أن لباء بآة الدار مملوك للمالك

قوله : (ولا يجوز لغير الغاصب رعي الكلاً السات في الأرض
المغصوبة ، ولا الدفن فيها) .

أي . لا يجوز بعد الغصب لغير الغاصب - وكذا الغاصب بطريق أولى -
رعي الكلاً السات في الأرض المغصوبة وإن فرص استفاضة جواره من شاهد حال
الأرض باعتدال العرف لمستقر ، لأن شاهد الحال ضعيف لا يعول عليه بعد

ولو وهب الغاصب فأنلفها المتهب رجع المالك على أيهما شاء ،
فإن رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين
والأجرة ، وعدمه .

ولو اتجر بالمال المفصوب فإن اشترى بالعين فالربح للمالك إن
أجاز البيع ، وإن اشترى في الذمة فللغاصب ،

الغصب ، ولأن الطاهر من حال المالك بعد اعصاب عدم الرضى ، وكذا القول
في الدفن ، وغيره من التصرفات .

قوله : (ولو وهب الغاصب فأنلفها متهب رجع المالك على أيهما
شاء ، فإن رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة
العين والأجرة ، وعدمه) .

أي . لو رجع المالك على المتهب بقيمة العين والأجرة فالأصح أن له
الرجوع على العاصب^(١) لمروره ، وقد مسقت هذه المسألة بعيها

قوله : (ولو اتجر بالمال المفصوب فإن اشترى بالعين فالربح
للمالك إن أجاز البيع) .

وليس لكل من البائع والغاصب التصرف في العين ؛ لإمكان اجارة المالك
خصوصاً على القول بأن الاحازة كاشفة .

قوله : (وإن اشترى في الذمة فللغاصب)

لأن الثمن حينئذ أمر كني لكن عليه ورر المدفوع ، ويجب رده على
المالك إن اراده ، ولو ترتبت عليه تصرفات كان للمالك تتبعها^(٢) واجارة ما يريد
منها ورد ما يريد ، وعلى العاصب السعي في تحصيل ما ترتب على يده من

(١) في «م» . على العاصب بقيمة العين

(٢) في «ق» . منها ، وفي «م» : بيعها ، وفي هامشها : تتبعها/ظ.

فإن ضارب به فالربح للمالك وعلى الغاصب أجرة العامل الجاهل .
ولو أقر بائع العبد بغضه من آخر وكذبه المشتري أغرم البائع الأكثر
من الثمن والقيمة للمالك ، ثم إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري
مطالبته به ، وإن لم يكن قبضه فليس له طلبه ، بل أقل الأمرين من القيمة
والثمن ،

التصرفات ، وقد سبق في البيع ، وللمالك تنع العقود ورعية مصلحته^(١) .
قوله . (فإن ضارب به فالربح للمالك ، وعلى الغاصب أجرة
العامل الجاهل) .

أي . أجرة المثل لعاد المصارعة (وكونه معروفاً)
قوله . (ولو أقر بائع العبد بغضه من آخر وكذبه المشتري أغرم
البائع الأكثر من الثمن والقيمة للمالك)

إذا كذبه المشتري لم ينعد إقراره في حقه ، بل في حق نفسه ، فحينئذ
بغرمه المقر ما ذكره المصنف

ويشكل بأنه لا يحلو إما أن يحير البيع أو يرده ، فإن أجازاه أغرمه الثمن
فقط ، وإن رده أغرمه القيمة ليس إلا فلا يتم ما ذكره ، وربما ينزل على أن
يكون قد أقر باستعارته للرهن بعد إقراره بالمعصية ، فإن المستعير للرهن يلزمه
أكثر الأمرين ، وهذا صحيح إلا أنه خروج عن المسألة ، والأصح أن له الثمن
إن أجاز ولا فالقيمة .

قوله : (ثم إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته به ،
وإن لم يكن قبضه فليس له طلبه بل أقل الأمرين من القيمة والثمن) .

أي . هذا حال المقر بالسنة إلى المالك المقر له ، فأما بالسنة إلى

(١) في (ق) . رعاية المصلحة

فإن عاد العبد إليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكه واسترجع ما دفعه .

المشتري فإن كان قبض الثمن فليس للمشتري مطالبة على حال ؛ لأنه لم يصدق على إقراره ، فمقتضى تكذيب البيع صحيح والثمن مستحق للبائع المقر فتسليمه وقع بحق فليس له المطالبة به .

ثم البائع ينظر فيما بينه وبين الله تعالى فيعمل ما يعلم أنه الحق ، ولو كان إقراره بالغصب مطابقاً للواقع ، ولم يجر الحدث البيع وقبض الثمن رد الزيادة على القيمة على المشتري ولو بوجه لا يعلم المشتري معه بالحال

وإن لم يكن قصده فليس له طلبه بل نه أقل الأمرين من القيمة والثمن ؛ لأنه إن كانت القيمة أقل فليس له إلا القيمة ، لأن البيع بمقتضى إقراره غير صحيح . وفيه نظر ؛ لأن المقر له لو أجاز البيع لكان البيع صحيحاً مانعاً الكل ، فيستحق^(١) الثمن كائناً ما كان وإن كان أكثر من القيمة . وإن كان الثمن أقل فليس له إلا الثمن سواء أجاز لمقر له أم لا ؛ لأنه لا يقبل إقراره بكون الملك لأحر على المشتري فلا يلزمه إلا أقل الأمرين

فإن كان الثمن أقل فهو المستحق ظاهراً ، وإن كانت القيمة أقل فباعتراف البائع لا يستحق سواها ، فليس له المطالبة بأثر رد لكن المشتري إن علم الحال اعتمد ما يقتضيه الحال بحسب الواقع .

فعلى هذا يجب أن يقال هكذا على تفسير عدم قصص الثمن إما أن يجبر المقر له البيع أو لا ، فإن أحاز استحق الثمن وإلا فلا أقل من الثمن والقيمة ، وهذا هو الأصح ، وما ذكره المصنف لا يستقيم

قوله : (فإن عاد العبد إليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكه واسترجع ما دفعه) .

لمؤاخذته بإقراره السابق ، وما دفعه كن للحيلولة فتأتي فيه الأحكام

(١) في (م) . فالمستحق .

ولو كان اقراره في مدة خياره انسخ البيع ؛ لأنه يملك فسخه فيقبل اقراره بما يفسخه .

ولو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له ويدفع الثمن الى بائعه ، ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارهما عليه ، وكذا لو باعه على ثالث .

السابقة .

قوله : (ولو كان اقراره في مدة خياره انسخ البيع ؛ لأنه يملك فسخه فيقبل اقراره بما يفسخه) .

كالحيار المشروط وتحوه وإنما حكم بالانسخ لوجوب نفوذ اقراره حيث يمكن ، وهو ممكن على هذا التفدير فيكون بمنزلة الفسخ ، كما لو باع ذو الحيار أو اعتق .

قوله . (ولو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له ، ويدفع الثمن الى بائعه) .

لأن اقراره إنما ينفذ في حقه لا في حق البائع اذا لم يصدقه

قوله : (ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارهما عليه) .

أي . لو تصادق البائع والمشتري بعد اعتاق المشتري العبد على كون العبد مفضوياً لم يكن اقرارهما نفذاً عليه ، لأن العتق حقه ، بل يثبت الغرم على كل منهما ، وقراره على المشتري اذا كان عالماً

قوله : (وكذا لو باعه على ثالث) .

أي . لو باع المشتري العبد على ثالث ثم تصادقا على كونه مفضوياً لا ينفذ اقرارهما عليه ؛ لأنه اقرار في حق الغير .

ولو صدقهما العبد فالأقرب القبول ، ويحتمل عدمه ؛ لأن العتق حق الله تعالى ، كما لو اتفق العبد والسيد على لرق وشهد عدلان بالعتق .

خاتمة: في النزاع :

لو اختلفا في تلف المخصوص قدّم قول الغاصب مع يمينه ؛ لأنه قد يصدق ولا بينة ،

قوله : (ولو صدقهما العبد فالأقرب القبول)

وجه القرب : أن الحق له فإذا صدقهما على فساد العتق قبل ، وإلا لم يقبل اقرار الحرية ممن ظاهره الحرية ولا يحد من قوة

قوله : (ويحتمل عدمه ؛ لأن العتق حق الله تعالى ، كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد عدلان بالعتق) .

فحيث كان العتق حقاً لله تعالى لم ينعقد قرار العبد بما ينفيه . ويشكل بما قلناه أولاً وإمكان الفرق ؛ لأن العبد والسيد في المثال اتفقا على الرق ، والشاهدان لم ينفياه بل شهدا بأمر رائد وهو طرؤ العتق فكانت الشهادة مسموعة ، بخلاف ما نعر فيه فإنهم متفقون على وقوع العتق وأنه وقع فاسداً .

وفي المثال لو قلّر اعترافهما بوقوع العتق ودعوهما فساد له لكان كالمسألة الأولى ، ولا يعد القول بعدم القبول ؛ لأنه على هذا التفسير لا يتصور قبول قول المالك في وقوع العتق على وجه فاسد وإن صدّقه العبد إلا بالبينّة ، بخلاف سائر العقود ، على أن حق الله تعالى في الاعتاق تابع لوقوعه صحيحاً ، ومنشئ العقد والايقاع اعلم به ؛ لأنه معه ، ويلزم عليه أيضاً عدم انتفاء الزوجية بتصادق الزوجين ؛ لأن لله تعالى في ذلك حقاً فإن الفروج أشد احتياطاً من غيرها .

قوله : (لو اختلفا في تلف المخصوص قدّم قول الغاصب مع يمينه ؛ لأنه قد يصدق ولا بينة) .

فإذا حلف طوالب بالبدل وإن كانت العين باقية يزعم الطالب للعجز بالحلف .

وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي

توضيحه . أن الغاصب قد يكون صادقاً في دعواه التلف بحسب الواقع ولا بينة له ، فلو لم يقدم قوله بيمينه لم يكن إلا حبسه لإحضار العين ، فيلزم أن يخلد حبه ولا يجد عنه مخرج ، واللازم معلوم البطلان .

فإن قيل : لو أقام المالك بينة ببقاء العين فإنه يحبس ، فلو أصر على تلفها يلزم ما ذكر ، ومهما قلتم^(١) ها يحيى مثله هناك

قلنا : يمكن الفرق بثبوت البقاء هنا بخلافه هناك ، فيعتمد معه الضرب والاهانة لثبوت عباده .

قوله : (فإذا حلف طوالب بالبدل وإن كانت العين باقية يزعم الطالب للعجز بالحلف) .

وفي وجه للشافعية لا يطالب بالبدل ؛ لأن المالك يزعم أن العين باقية فلا يستحق البدل^(٢) ، وما ذكره المصنف بحملة أن الوصلية وما في حيزها إشارة إلى جوابه ، فإن البدل يستحق عند العجز عن العين للمحيلولة وإن قطع ببقاء العين ، فإذا ثبت باليمين تلفها فالعجز أظهر فيستحق البدل .

قوله : (وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي) .

أي : يقدم قول الغاصب بيمينه لأنه منكر للزائد ، وقال الشيخ في النهاية : يقدم قول المالك^(٣) ، والأصح الأول

(١) في «قوله» ما ذكرتهما قلت

(٢) انظر فتح العريبر ١١ ، ٢٨٦ ، المجموع ١٤ ٢٩٤

(٣) النهاية . ٤٠٢ .

ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة لعد ، وكذا لو ادعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلم صنعة ، أو تدعوا في الثوب الذي على العبد أو الخاتم الذي في أصبعه .

أما لو ادعى العاصب عيباً ينقص به قيمة كالعمور ، أو ادعى رد العبد قبل موته والمالك بعده ، أو ادعى رد العصب أو رد قيمته أو مثله قَدَّمَ قول المالك مع اليمين .

قوله : (ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العد)

أي : فلا يسمع قوله حينئذ بيمينه ، فهل يقدم قول المالك بيمينه حينئذ ؛ لانتفاء الوثوق بالعاصب حينئذ لظهور كذبه ؛ ولتحصر دعواه فيما عدم استناؤه أم يطالب بما يكون محتملاً ؟ لم أجبه تصريحاً بأحدهما .

قوله (وكذا لو ادعى المالك صفة يزيد بها القيمة كتعليم صنعة ، أو تنازعا في الثوب على العبد ، أو الخاتم الذي في أصبعه)

أي : وكذا يقدم قول العاصب بيمينه في ذلك ؛ لأن الأصل عدم الصنعة والثوب والخاتم في يد العاصب ؛ لأن العد في يده ، ولهذا يصح ومافعه ، ولو احتلها في تقدم الصنعة لتكثر الأجرة فكذلك

واعلم ان في بعض نسخ الكتاب (كتعلم صنعة) وهو أصوب

قوله : (أما لو ادعى العاصب عيباً ينقص به القيمة كالعمور ، أو ادعى رد العبد قبل موته والمالك بعده ، أو ادعى رد العصب أو رد قيمته أو مثله قَدَّمَ قول المالك مع اليمين) .

لما كان الأصل في العبد السلامة كدست دعوى العيب لمحالفتها الأصل متوقفة على البينة ، ومع عدمها فالقول قول من يمينه بيمينه ، وهذا رجوع عن التردد السابق - في قول المصنف قبل المطلب الثاني : (فهي تقديم أحد

ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها ، فادعى المالك
الزيادة قبل التلف والغاصب بعده ، أو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد
في يد الغاصب والغاصب سبقه على اشكال ،

(الاصلين نظر) - الى الجزم .

ولو ادعى الغاصب رد العبد قبل موته والمالك بعده فالأصل عدم التقدم ،
والأصل بقاء الضمان واستحقاق المطالبة وعدم التسليم فيقدم قول المالك
باليمين ، ومثله ما لو ادعى رد الأصل أو الدل .

قوله : (ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها ، فادعى
المالك الزيادة قبل التلف والغاصب بعده) .

سيأتي جوابه في قوله آخر : (قدم قول الغاصب) أي . لو اختلفا بعد
اتماقهما على ارتفاع قيمة المغصوب باعتبار السوق في وقت الزيادة ، أي .
اختلفا في وقت حصول هذه الزيادة ، فادعى المالك الزيادة قبل التلف ، وانكر
الغاصب ذلك قدم قول الغاصب يمينه ؛ لأنه منكر

وفي حواشي شيخنا الشهيد : ان هذا إنما يتأتى عند من قال بضمنان اعلى
القيم ، أما من قال بضمنان قيمة يوم التلف كالمصنف في المختلف^(١) ، فإنه
يسقط هذا المرق وفيه نظر ؛ لأن زيادة القيمة قبل التلف صادق على ما اذا
بقيت الزيادة الى حين التلف فلا يتم ما ذكره

قوله : (أو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب
والغاصب سبقه على اشكال) .

هذا معطوف على ما قبله ، وسيأتي جوابه أيضاً ، فلو ادعى المالك ان
العيب الموجود المشاهد قد تجدد في يد الغاصب - فالجار في قوله : (في يد
الغاصب) يتعلق بـ (تجدد) - وادعى الغاصب سبقه فالقول قول الغاصب على

أو غصبه خمرأً وادعى المالك تخلله عند العاصب وانكر العاصب قَدَم قول العاصب .

اشكال ينشأ : من وجود العيب في يد العاصب ، والأصل عدم التقدم ، فكان القول قول المالك . ومن أن العاصب غارم مدعى عليه بزيادة القيمة وهو ينكرها فالقول قوله ، وهذا قول الشيخ رحمه الله ، وفرق بين هذه وبين ما إذا كان الاختلاف بعد موت العبد^(١) ، وهو السابق في قول المصنف : (أما لو ادعى العاصب عيباً تنقص به القيمة . . .) فإنه اعترف بتقديم قول المالك في هذه ، بأن الأصل في العبد السلامة حتى يعرف العيب ، بخلاف ما إذا كان حياً فإن العور موجود مشاهد فالظاهر أنه لم يزل ولاصح عدم العرق بين المسألتين فيقدم قول المالك وهو مختار ابن ادريس^(٢) ، ووجه ما سبق .

قوله . (أو غصبه خمرأً وادعى المالك تخلله عند العاصب وانكر العاصب) .

إذا غصبه خمرأً ثم طرأ التلف ، فدعى المالك تخللها عند العاصب قبل التلف ، وانكر العاصب ذلك قَدَم قول العاصب يمينه ؛ لأن الأصل براءة ذمته^(٣) وشغلها يتوقف على الثبوت ، والأصل عدم التحلل قبل التلف ايضاً ، وكان على المصنف أن يقول : تخللها بالتأنيث

واعلم ان هذا إنما يكون في الحمر المحترمة ؛ لأنها إذا تحللت في يد العاصب تكون للمالك كما سبق ، أما غيرها فإن العاصب يملكها بتخللها عنده كما سبق بحدوث الملك في يده ، ولا أولوية للأول .

وقد صرح في التذكرة بذلك فقال ولو غصبه خمرأً محترمة الى آخره ،

(١) المبسوط ٣، ١٠٤

(٢) السرائر ٢٧٩ والظاهر ان ما فيه منافض لما قلناه في جميع المقاصد عن ابن ادريس، ولمزيد

الاطلاع انظر المختلط: ٤٥٨، مفتاح الكرامة ٦ ٢٥٦ - ٢٥٨

(٣) في اقلها: اللدنة.

ولو باع الغاصب شيئاً أو وهبه ، ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري : بعثك ما لا املك واقام بينة ، فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته ، وإلا فلا ، كأن يقول : بعثك ملكي ، أو هذا ملكي ، أو قصت ثمن ملكي ، أو اقبضته ملكي .

وقوله : قدم قول الغاصب^(١) حوت لجميع هذه المسائل .

قوله : (ولو باع الغاصب شيئاً ، أو وهبه ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري : بعثك ما لا املك واقام بينة ، فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته ، وإلا فلا ، كأن يقول : بعثك ملكي ، أو هذا ملكي ، أو قصت ثمن ملكي) .

إذا باع الغاصب شيئاً أو وهبه ، ثم انتقل اليه بسبب صحيح كالإرث والشراء ، ولم يكن المشتري عالماً بكونه غاصباً ، فقال الغاصب للمشتري : بعثك ما لا املك فالبيع فاسد واقام بينة بذلك ، فقال المشتري : بل البيع صحيح ؛ تعويلاً على ظاهر الحال من أنه مالك فهل تسمع هذه الدعوى والبينة ، أم ترد لمناقاتها ما دل عليه البيع ولهبة من كونه مالكاً؟ الأقرب عند المصنف التفصيل بأنه . أما أن يكون قد اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يدل على كونه مالكاً ، أو لا .

فعلى الأول تسمع دعواه وبيته ؛ لانقضاء التنافي ، فإن البيع بمجرده لا يقتضي الملكية إذ هو اعم من بيع الفصولي وغيره ، والعام لا يقتضي فرداً بخصوصه فلا تنافيه دعوى عدم الملكية وقت البيع فله انتزاع المبيع .

وفي الثاني وهو ما اذا لم يقتصر ، بل ضم ما يدل على كونه مالكاً كأن

يقول في العقد أو بعده : بعثك منكى ، أو يقول : هذا ملكى ، أو يقول : قضيت لمن ملكى ، أو أقبضته - أي : المشتري - منكى فإنه في هذه الصور كلها ونحوها لا تسمع دعواه ولا يثبت لتكذيبه بها .

ويشكل الأول بأن الشريك في الصف يبيع بصفه بصفاً انصرف الى نصه ؛ حملاً للفظ البيع على الصحيح اللام ، ولو كان اعم لكاد النصف منزلاً على الاشاعة ، وقد سبق في كتاب البيع ، إلا أن يقال : لما كان مالكاً للنصف - والظاهر والغالب أن الشخص إنما يبيع ملكه لا ملك الغير - كان ذلك قريبة على ارادة ملكه وذلك متبع لها ، وعلى كل حال فتعصيل المصنف هنا ليس بذلك الحميد .

واعلم انه لو ادعى عليه العلم فيما ذكره مع البيع بكونه مالكا فهل يجب اخلافه على نفيه؟ سبق^(١) في الردية في نظيرة ما صرح فيه بالوجوب .

...

(١) في رد: كما سبق .

المقصد الثاني: هي الشفعة . وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع ، وليست بيعاً ، فلا يثبت خيار المجلس ، وفيه فصول :

قوله : (وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع) .

الشفعة مأخوذة من قولك : شفعت كذا بكذا اذا جعلته شفعاً به ، أي روحاً ، كأن الشفيع يحمل نصيبه شفعاً نصيب صاحبه ، واصلها التقوية والاعانة ، ومنه الشعاعة والشفيع ، لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر

وهي الشرع عرفها المصنف بأنها (استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع) وهذه صادقة على استحقاقه انتزاع حصته سعه إياها . ثم ان الحصة لا يعلم أي حصة يراد بها ، وكذا الشريك لا يتعين أي شريك يراد به

وعرفت ايضاً : بأنها حق تمتك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما لا ينقل عادة مع اقراره . وحترر بالتملك القهري عن التملك بالبيع وبحوه ، ويكونها للشريك لقديم على الحادث عن تملك الطعام في المخصصة وإن كان حصة الشريك اذا دعت الضرورة اليها ، لأن التقييد بالقديم والحادث يقتضي أن للوصفي دخلاً في ذلك ، وهو مستوف في المخصصة

واحترز بما لا ينقل عادة عن المفولات ، وادرج بالعادة نحو الدورات وآلات الساء ، ويكونه مستقراً عن نحو العرفه التي لاقرار لها في الأرض .

قوله (وليست بيعاً فلا يثبت خيار المجلس) .

للشافعي قولان في ثبوت خيار المجلس في الشفعة ، وذلك بأن يترك بعد ما أخذ بالشفعة ، أو يترك بعد ما أخذ ما دام في المجلس ، وعمله بأن ذلك

الأول : المحل : وهو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة ، فلا تثبت في المنقولات على رأي ،

معاوضة فكان في أخذها وتركها خيار المحس كالبيع ، ولأنها أشبه شيء بالبيع^(١) ، وأصحابنا جميعهم على خلافه .

والنصوص إنما دلت على ثبوت خيار المجلس في البيع^(٢) ، والشفعة ليست بيعاً ، والظاهر أنه لا يثبت خيار الشرط لعدم لدليل ، ولأن ذلك يقتضي اثبات ريادة سلطنة على المشتري ، لا عقد بشرط فيه ذلك ، وليس هناك إلا أحد الشفيع .

وسياتي إن شاء الله تعالى ما يدل على ثبوت خيار العيب ، وهل يثبت خيار العيب بشروطه؟ يحتمل ذلك ، لأن فيه دعاء للضرر المنفي ، ولأنه ربما أدى نفيه إلى الضرر ، بأن يبيع بأصناف القيمة بإفجاع الشفيع الحامل بها قوله : (وهو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة) .

في نهاية ابن الأثير العقار بالفتح الصيغة والحل والأرض ونحو ذلك^(٣) .

قوله : (فلا يثبت في المنقولات على رأي)

هذا هو المشهور ، وقال السيد^(٤) ، وس الجيد^(٥) ، وابن البراق^(٦) ، وابن ادريس^(٧) بثبوتها في كل شيء من المبيعات لمنقولات وغيرها ؛ تعويلاً

(١) انظر المجموع ١٤ : ٣٣٨

(٢) الكافي ٥ : ١٧٠ حديث ٤ - ٦ ، التهذيب ٧ : ٢٠ حديث ٨٥ ، ٨٦ ، الاستبصار ٣ : ٧٢

حديث ٢٤١ ، ٢٤٢

(٣) النهاية لابن الأثير (عق) ٣ : ٢٧٤

(٤) الانتصار ١٥٠ : ٢١٥

(٥) المحتف ٤٠٢

(٦) المهذب ١ : ٤٥٨

(٧) السرائر : ٢٥١ .

ولا في الساء والفرس اذا بيعا منفردين ، ولو بيعا منضمين الى الأرض دخلا في الشفعة تبعاً .

على رواية يونس المرسلة^(١)، ونحوها^(٢) مما لا يهض حجة

والأصح عدم الثبوت في غير المقول اقتصاراً في محالف الأصل على موضع الوفاق ، وللمرواية الصحيحة الدالة على نفي الشفعة في الحيوان (٣) ، فيتفي في غيره من المنقولات لعدم الفائل بالفصل

لا يقال. قد دلت على ثوبتها في المملوك، ولا قاتل بالعص.

قلنا إن تم ذلك فقد كنت تدافعها / موجب اطراحها والرجوع الى غيرها
من الاحبار والدلائل .

قوله : (ولا هي البناء والغرس إذا بيعا منفردين) .

لأنهما في حكم ما يَنْقُلُ وقد كانا في الأصل منقولين وسيتمها إلى النقل وإن طال الأمد.

قوله : (ولويبعاً مصممين الى الارض دخلا في الشفعة تبعاً) .

أي تبعاً للأمر؛ لأن في بعض أخبار العامة، ثبوت الشععة في الربع^(٤)، وهو يتناول الأبيّة، وفي بعض أخبارنا^(٥) والمساكن، وهو يتناول الأبيّة^(٦)، وفي بعضها الدر^(٧)، ويُدْرَج فيها الأبواب والسقوف

(١) الكافي ٥ ٢٨١ حديث ٨، المهديبا ٧ ١٦٤ حديث ٧٣٠، الاستبصار ٣ ١١٦ حديث ٤١٣.

(٢) الكافي ٥: ٢٨١ حديث ٧، التهذيب ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٩، الاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٥.

(٣) التهذيب ٧: ١٦٦ حديث ٧٢٥، الاستبصار ٣: ١١٦ حديث ٤١٥.

(٤) مستند احمد ٣١٢، ٣١٦، سر ابي داود ٢٨٥ حديث ٣٥١٢، مسن السنن ٧٠٧٢ باب

الشركة في الرياض

(۵) می دقت، اُحبارها

(٦) الكافي ٥: ٢٨٠، حديث ٤، الفقيه ٣: ١٥، حاشية ١٥١، التهذيب ٧: ١٦٤، حديث ٧٢٧

(۷) الکافی ۵: ۲۸۱ دیل حدیث ۸

وفي دخول الدولار نظر ينشأ : من جريان العادة بعدم نقله .
ولا تدخل الحال التي تتركب عليها الدلاء ، ولا هي الثمرة وإن
بيعت على شجرها مع الأرض ،

والجدران

وعلم أن الشفعية إنما تتحقق إذا بيعت الأشجار والبناء مع الأرض التي
هي فيها ، لا إذا بيعت مع أرض أخرى ، لا شفعية حيثشذ ، ولعدم تناول
النصوص مثل هذا ، وكذا الدولار على القوب به .

قوله : (وفي دخول الدولار نظر ينشأ : من جريان العادة بعدم نقله) .
ومن أنه منقول في نفسه . واعلم أن موضع البطلان ما إذا بيع مع الأرض ،
أما إذا بيع وحده فلا بحث في عدم ثبوت الشفعية فيه ، بناء على عدم الثبوت
فيما ينقل ، وقد اختار المصنف في التذكرة عدم ثبوت لشفعة فيه ^(١) ، والأصح
الدخول ، لأنه ربما يتناوله اسم الدار إذا كان من مرافقها .

وكذا القول في الحمام ، فإنه يشمل كما يشمل سائر مرافقه العتقة ، وأي
فروق بينه وبين الأبواب ، وهي معنى الدولار ساعورة وبحوها

قوله : (ولا تدخل الحال التي تتركب عليها الدلاء) .

إد هي منقولة حقيقة

قوله : (ولا في الثمرة وإن بيعت على شجرها مع الأرض) .

أي . لا تثبت الشفعية في الثمرة سواء كانت مؤبرة أم لا ، وسواء بيعت مع
الأرض أو منفردة ، وكذا الرروع الثابتة ، للأصل .

ولا دليل في الشرع على ثبوت الشفعية فيها ولا يدخل في معنى
الستان ، ولأنها لا يراد دوامها بل لها أمد معين ينتظر ، وقال الشيخ : تثبت

واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفلى فإنه لا ثبات لها إذ لا أرض لها .

ولو كان السقف لهما وشكال . من حيث أنه في الهواء فليس بثابت .

الشفعة في الثمار والزرع ناعاً للأصول والأرض التي هي فيها^(١) ، والأصح الأول .

قوله . (واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف صاحب السفلى فإنه لا ثبات لها إذ لا أرض لها ، ولو كان السقف لهما فاشكال من حيث أنه في الهواء فليس بثابت) .

أي : لو كانت أرض الغرفة سقف صاحب السفلى المحتص به لم يثبت في الغرفة شفعة لو كانت مشتركة وباع أحد الشريكين حصته ، لانقضاء الشفعة المقتضية لثبوت الشفعة .

[ولو كان السقف]^(٢) لهما - الذي هو أرض الغرفة - مع جدرانها وسقفها ، من دون اشتراكهما في أرض السفلى فهي ثبوت الشفعة حيثما اشكال يشأ . من أنه في الهواء فليس بثابت ، ومن عدم النقل عادة . وليس بشيء . لأن آلات البناء منقولة في الأصل وصائرة إلى النقل ، والشفعة إنما تثبت فيها تبعاً للأرض كما سبق ولا أرض هنا .

ولا فرق بين هذا السقف وسائر السقوف والجدران ، والأصح عدم الثبوت .

(١) قال السيد العاملي في الممتع ٦ : ٣٢٦ . والمحال إنما هو الشيخ في المبسوط قال : تثبت في الزرع والثمار إذا دخلت في المبيع بالشرط وفي المبسوط ٣ : ١٠٧ . وإنما لم يكن أصلاً ثبت كالزرع والثمار ، فإذا دخلت في المبيع بالشرط كتبت الشفعة واجبة في الأصل دونها

وهو كما ترى محال لما نقل في جمع المقاصد والممتع

(٢) لم ترد في السحنين ، وأثبتناها من الحجة لعدم استقامة المعنى بلونها

واحترزنا بالمشترك عن غيره ، فلا تثبت بالجوار ، ولا فيما قسم وميز
إلا مع الشركة في الطريق أو النهر اذا ضمهما البيع

قوله : (واحترزنا بالمشترك عن غيره فلا يثبت بالجوار) .

يلوح من عبارة ابن ابي عقيل ثبوت الشفعة بالحوار حيث قال . ولا شفعة
للجار مع الخليط^(١) ، وهو ضعيف لقوله عليه لسلام . ولا شفعة إلا لشريك
مقاسم^(٢) .

قوله : (ولا فيما قسم وميز إلا مع الشركة في الطريق أو النهر اذا
ضمهما البيع) .

أي . اذا ضمهما البيع الى الشفعية (مقسوم)^(٣) المتميز لعدم حصول
كمال القسمة ، لبقاء الاشتراك في المرافق ، ولاستصحاب ما كان ، ولحسنة
مصور من حارم عن الصادق عليه السلام وقد سأل عن دار فيها دور وطريقهم
واحد في عرصه الدار ، فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن
يأخذوا بالشفعة ؟ فقال . إن كان باب الدار وما حول بابها الى طريق غير ذلك فلا
شفعة لهم ، وإن باع الطريق مع الدار عليهم شفعة^(٤) .

ومعنى هذه . أن باب الدار انصبغة ، وما حول بابها الى الطريق المباح
إن كان غير ذلك الطريق المشترك ، أعني الذي في العرصه ، بأن لم يكن النائع

(١) المختلف ٤٠٣ .

توضيح قال في المفتاح ٦ ٣٢٢ وقال نعماني بعد حكاي عنه لا شفعة لجار مع الخليط ،
وهو يقضي بثبوتها للجار لكن الخليط مقدم عليه

(٢) الكافي ٥ ٢٨١ حديث ٦ ، العقبة ٣ ٤٥ حديث ١٥٤ ، ١٥٧ ، التهذيب ٧ ١٦٦ ، ١٦٧
حديث ٧٣٧ ، ٧٤١ ، وفيها « لا شفعة لا لشريك غير مقاسم » والظاهر ان (غير) ساقطة من
الساح ، لأن كل الاحاديث الواردة بها ومعنى تدل على ان الشفعة تثبت للشريك الغير مقاسم

(٣) لم ترد في «ق» ، وفي «م» : المشعور ، وما أثبتته من الحجرية

(٤) الكافي ٥ ٢٨٠ حديث ٢ ، الاستبصار ٣ ١١٧ حديث ٤١٧ ، وفيها « وقال ان كان باع

الدار وحول بابها » ، التهذيب ٧ : ١٦٥ حديث ٧٣١

قد باع حقه من الطريق مع داره بل باع داره فقط ، وسد بابها الأصلي وفتح لها باب الحروج الى الطريق لمساح فلا شفعة حيثذا ؛ لأن المبيع غير مشترك ولا في حكم المشترك ، إذ لم يبيع معه ما كان موجباً لاستمرار حكم الشركة .

وفي صحيحة أخرى لمصور بن حارم عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : دار بين قوم اقتسموها وأخذ كل واحد منهم قطعة ، وتركوا بياهم ساحة فيها ممرهم ، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم ، أله ذلك؟ قال : نعم ، ولكن يسد بابه ويفتح باباً الى الطريق ، أو ينزل من فوق البيت ويسد بابه ، وإن أراد صاحب الطريق بيعه فإياهم احق به ، وإلا فهو طريقه يحيى .
يجلس على ذلك الباب (١)

ومعنى هذه : أن الدار في الأصل كانت مشتركة بين قوم فاقسموها ، وتركوا ساحة منها هي ممرهم على الشركة ، ثم باع بعضهم نصيبه المقسوم فقط دون نصيبه في الساحة فإن له ذلك يكد يسد بابه الى الساحة إذ لا حق له فيها ، يفتح له باباً الى الطريق العام ، أو يجعل له درجاً يزل به من فوق البيت .

وإن أراد صاحب الطريق - أي الشريك فيه ، والمراد به : الممر الذي في العرصة - بيعه فإياهم احق به فيأخذونه بالشفعة ، وإن لم يرد بيعه فهو طريقه ، يحيى . يجلس على ذلك الباب المسدود كما يكون حال الشريك مع شركائه ، وهذه لم يذكر فيها حال الشفعة في الشقص المقسوم ، وفي رواية أخرى لمصور بن حازم مثل هذه (٢) ، إذا تقرر هذا فما مباحث :

الأول : قد اشتملت الروايت على ذكر القوم والشركاء وضمير الجمع ، والمختار أن لا شفعة مع الكثرة ، ولا يمكن الاحتجاج بهذه الأخبار . قلنا : لما

(١) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٩ ، التهذيب ٧ : ١٦٥ حديث ٧٣٢ ، الاستبصار ٣ : ١١٧ حديث ٤١٨ ،

وفيها : فواحد كل واحد منهم قطعة فيها . . .

(٢) التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤٣

دلت الدلائل على نفي الشفعة مع الكثرة وحب حمل ما وقع من الالفاظ الدالة على الجمع هاهنا على المختار جمعاً بين الاحبار

الثاني : قد ورد في بعض هذه الاحار : فأخذ كل واحد منهم قطعة لبنائها^(١) كما ذكره في المختلف^(٢) ، مع ان البناء الحادث لم يكن مشتركاً فلا تثبت فيه الشفعة ، قلنا : لا دلالة في الرواية على ثبوت الشفعة فيه فلا أثر لذكره وعدمه .

الثالث : لو انتقل المقوم مع بقاء شريكه في الطريق الى غير المتقاسمين فهل تبقى الشفعة لكل منهما^(٣) كما كانت للأوليين ؟ يحتمل ذلك ؛ لبقاء الشركة حكماً إذ لم تحصل القسمة الماثرة لمجموع النصيبين ، ولأن رواية منصور الأولى تشتمل على اطلاقها هذا المرع^(٤) والظاهر العدم ؛ لأن ثبوت الشفعة على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين ، ولظاهر قوله عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك مقاسم »^(٥) .

الرابع : هل يشترط في الطريق أو النهر مشتركين بعد تمييز النصيبين من الدار ونحوها قبولهما القسمة ، حيث أن مالا يقلل القسمة لا شفعة فيه ؟ لا ريب في الاشتراط إن بيع الشقص فيهما مفرداً ، وإن بيع منضمماً الى الشقص المقسوم ففي عبارة الدروس ما يقتضي الاشتراط ، حيث قال . ولا مع القسمة

(١) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٩ ، التهذيب ٧ : ١٦٥ حديث ٧٣٢ ، الاستبصار ٣ : ١١٧ حديث ٤١٨ .

(٢) المختلف : ٤٠٣ .

(٣) في ٥ : لكل واحد منهما على الآخر

(٤) الكافي ٥ : ٢٨٠ حديث ٢ ، التهذيب ٧ : ١٦٥ حديث ٧٣١ ، الاستبصار ٣ : ١١٧ حديث ٤١٧ .

(٥) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٦ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٤ ، ١٥٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤١ .

الامع الاشتراك في الطريق ولنهر اللذين يقلان القسمة على الخلاف^(١) .
ويشكل بأن قبول القسمة شرط لجميع المشروع لا لأعضائه؛ ولأن هذه
القسمة كلا قسمة ، وإطلاق روية معصوم من حارم^(٢) يتناول ما إذا لم يكن قابلاً
للقسمة .

الخامس لو لم تكن الدور مشتركة في الأصل، بل كان الاشتراك في الطريق
فقط ، فإن بيع الطريق وحده قال في التذكرة . فلشركاء الشفعة إن كان واحداً
وأمكن قسمته وإلا فلا . ، وهو حيد ، وإن باع الدار بالممر قال . أيضاً للشريك
في الممر الشفعة في الدار وطريقها^(٣) وطاهر هذا الإطلاق يقتضي إثبات
الشفعة وإن لم تكن الدار مشتركة في الأصل ثم طرأت عليها القسمة ، ويؤيده
أنه حكى عن الشافعي أنه لا شفعة في الدار؛ لأنه لا شركة فيها ، فصار كما لو
باع شقصاً من عقار مشترك وعقار غير مشترك .

ثم قال : وإن أرادوا أخذ الممر بالشفعة قال الشافعي . ينظر إن كان
للمشتري طريق آخر إلى الدار ، أو أمكه فتح باب آخر إلى شارع فلهم ذلك
على المشهور إن كان منقسماً ، ولا فعلى الخلاف في غير المنقسم^(٤)

ثم قال بعد كلام حكاه عن الشافعية^(٥) والأقرب عندي أن الطريق إن
كان مما يمكن قسمته ، وشريك واحد ، وبيع مع الدار المحنصة بالبائع صفقة
فللشريك الآخر أخذ الطريق خاصة إن شاء ، وإن شاء أخذ الجميع ، وإن لم
يمكن قسمته لم يكن له أحده خاصة ، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك^(٦) ، هذا

(١) الدروس . ٢٨٦

(٢) الكافي ٥ : ٢٨٠ حديث ٢ ، التهذيب ٧ : ١٦٥ حديث ٧٣١ ، الاستبصار ٣ : ١١٧ حديث ٤١٧

(٣) المجموع ١٤ : ٣٠٠ ، فتح العرير (مطبوع مع المجموع) ١١ : ٢٩٣

(٤) المجموع ١٤ : ٣٠٠ - ٣٠١ ، فتح العرير ١١ : ٣٩٥ - ٣٩٦

(٥) انظر المجموع ١٤ : ٣٠٠ - ٣٠١ ، فتح العرير ١١ : ٣٩٧ - ٣٩٨

(٦) التذكرة ١٤ : ٥٩٠

كلامه ، فحاصل كلامه يرجع الى أمرين :
أحدهما : ان الشفعة تثبت في المبيع وإن لم يكن مشتركاً في الحال ولا في الأصل اذا كان طريقه أو شربه مشتركاً ، وهو ظاهر اختياره في التحرير^(١) ، وظاهر اختيار الشيخ في النهاية^(٢) والمبسوط^(٣) ، وابن ادريس في السرائر^(٤) ، وظاهر عبارة القواعد حيث نفي ثبوت الشركة لسحار والمقاسم إلامع الاشتراك في الطريق أو النهر ، وكذا الدروس^(٥) ، والسرائر^(٦) ، وهو ظاهر كلام المختلف يظهر من جوابه عن حجة ابن أبي عقيل^(٧) ، وهو الذي يقتضيه صحيح الطر؛ لأن صم غير المشفوع الى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعة في غير المشفوع اتفاقاً .

والمبيع الذي لا شركة فيه في الحال ولا في الأصل ليس من متعلقات الشفعة قطعاً ، إذ لو بيع وحده لم تثبت فيه شفعة محال ، وأثبتها لا يكون إلا لمحصر الجوار ، فإذا ضم الى المشترك وجب أن يكون المحكم كذلك ، لمعوم قوله عليه السلام : لا شفعة الا لشريك مقاسم^(٨) فإن المتبادر أن المراد في محل الشركة ، ولا شركة هاهنا لا في الحال ولا في الأصل .

وحسنة منصور بن حازم^(٩) وإن كانت مصفة إلا أنها معارضة بعموم هذه ، والترحيع معاً إذ الشفعة على خلاف الأصل فيقتصر فيها على محل الوفاق .

(١) تحرير الأحكام ٢ : ١٤٥ .

(٢) النهاية ٤٢٤ .

(٣) المبسوط ٣ : ١٠٧ .

(٤) السرائر ٢٥٠ .

(٥) الدروس : ٣٨٦ .

(٦) سرائع الاسلام ٣ : ٢٥٥ .

(٧) المختلف : ٤٠٣ .

(٨) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٦ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٤ ، ١٥٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤١ .

(٩) الكافي ٥ : ٢٨٠ حديث ٢ ، التهذيب ٧ : ١٦٥ حديث ٧٣١ ، الاستبصار ٣ : ١١٧ حديث ٤١٧ .

وفي رواية أبي العباس الباق « الشفعة لا تكون إلا لشريك »^(١) وفي معناها رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عنه عليه السلام^(٢) .

وفي رواية هارون بن حمزة العنوي عن الصادق عليه السلام : « الشفعة في البيع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره »^(٣) أي : باعتبار الشراكة ؛ لأن تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية .

وفي رواية عبد الله بن مسان عنه عليه السلام : « لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما »^(٤)

وفي رواية السكوني عن الصادق عليه السلام . « لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم »^(٥) وكل هذه حجة على عدم ثبوت الشفعة في الدار العير المشترك إذا كان الطريق مشتركاً ؛ وقد اعترف في التذكرة بأن هذا شفعة بالجوار^(٦) ، وبالحملة فهذا الجانب قوي جداً .

الأمر الثاني : أنه على تقدير سعة الطريق اثبت للشريك الخيار بين أخذه فقط بحصة من الثمن ، وبين أحد المجموع ، ومع ضيقه حتم أخذ المجموع (أو الترك)^(٧) .

ويرد عليه أن المجموع : إما أن يكون متعلق الشفعة أو لا ، فإن كان الأول وجب أن يأخذ المجموع أو يترك ، وليس له تبعض الصفقة باختياره ، وإن كان الثاني لم تثبت له شفعة في غير الطريق ولا فيه ، إلا إذا كان واسعاً

(١) التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٥

(٢) التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٦

(٣) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٥ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٨

(٤) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٩

(٥) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٦ ، الفقيه ٣ : ١٥٧ حديث ١٥٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٦ حديث ٧٣٧

(٦) التذكرة ١ : ٥٩٠

(٧) لم ترد في (م)

واحترزنا بقبول القسمة عن لطاحونة ، والحمام ، وبشر الماء ،
والأماكن الضيقة ، وما أشبهها مما لا تقبل القسمة ؛ لحصول الضرر بها ،
وهو إبطال الشفعة المقصودة منه فلا شفعة فيها على رأي .

قابلاً للقسمة ، فما ذكره غير واضح .

قوله : (واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحون ، والحمام ، وبشر الماء ،
والأماكن الضيقة ، وما أشبهها مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها ،
وهو إبطال الشفعة المقصودة منه فلا شفعة فيها على رأي)

للأصحاب قولان - فيما إذا كان المشترك لا يقبل القسمة كالحمام الصيق
ونحوه ، هل تثبت الشفعة لو بيع شقص منه؟ - أحدهما : علم الثوت ، وهو
قول الشيخ ^(١) ، وعلي بن بابويه ^(٢) ، وأبو الراح ^(٣) ، وسائر ، وأكثر
المتأخرين ^(٤) ، لظاهر رواية طلحة بن زيد ، عن حمير ، عن أبيه ، عن علي
عليه السلام . (لا شفعة إلا لشريك مقاسم) ^(٥)

ولأن الشفعة على ^(٦) خلاف الأصل ، يجب الاقتصار فيها على موضع
اليقين ، وهو الأصح .

(١) النهاية ٤٢٤ .

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف ٤٠٣ ، ورواه في بصاح الفوائد ٢ : ١٩٩ .

(٣) المهذب ١ : ٤٥٨ .

(٤) منهم : المحقق في شرائع الإسلام ٣ : ٢٥٣ ، ومهر المحققين في إيضاح الفوائد ٢ : ١٩٩ ،
وغيرهما .

(٥) التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤١ ، وفيه : (لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم) ، ولعل (غير) ساقطة من
قلم السامع .

(٦) في دفع : الشفعة تثبت على .

وقال السيد^(١) ، والمفيد^(٢) ، واس ادریس^(٣) ، وابن الجبید^(٤) ، وابن
البراج^(٥) تثبت تمسك بعمومات الأحبار الدالة على ثبوت الشفعة من غير
محصص^(٦) ، والتحصيص يحتاج الى دليل ، ولأن المقتضي لثبوت الشفعة ،
وهو إزالة الضرر عن الشريث ، قدّم في غير المقسوم

ويحاط بما ذكره من رواية طلحة بن زيد^(٧) ، وموثقة السكوني ، عن
الصادق عليه السلام ، عن رسول الله صلى الله عليه وآله : « لا شفعة في
سفينة ، ولا في نهر ، ولا في طريق »^(٨) وليس المراد الواسعين اتفاقاً؛ لثبوت
الشفعة فيهما - فلم ينق ، لا أن يرد الفقيه فيكون الباقي كذلك إذ لا فاصلة

وليس المراد من إزالة الضرر بالشفعة ما ذكره ، بل إزالة ضرر طلب
القسمة ومؤوتها ، وهو متب في محل النزاع

واعلم أن قول المصنف (الحصول كضررها) دليل على أنها لا تنقسم ،
لتحقق كونها من محل النزاع ، وهو تمهيد لقوله (وهو إبطال المفعة المفصودة
منه) فإن هذا تفسير حصول الضرر بالقسمة .

وله تفسير آخر ، وهو أن المنقسم ما لا تنقص قيمته بقصداً فاحشاً ، وآخر
وهو الذي يبقى متفعلاً به بعد القسمة بوجه ما ، فإذا خرج عن حد الانتفاع

(١) الانتصار: ٢١٥

(٢) المفحة ٩٦ قال السيد نعماني في المفتاح ٦ ٣٢٤ ولا سادس بهم فيما أجد إلا ما حكاه

في الإيضاح عن المفيد ، ولعله فهم من قوله كل مشاع ، أو من قوله يشونها في العروس

(٣) السرائر: ٢٥١

(٤) حقه عنه في المختلف ٤٠٢ - ٤٠٣

(٥) قال في المفتاح ٦ ٣٢٤ والمصنف السيد والقاضي ، ولعله للقاضي في الكامل فكان له
قولان .

(٦) الكافي ٥ ٢٨١ حديث ٨ ، التهذيب ٧ ١٦٤ حديث ٧٣٠ ، الاستبصار ٣ ١١٦ حديث ٤١٣

(٧) التهذيب ٧ ١٦٧ حديث ٧٤١ ، وفيه - ولا شفعة الا لشريك غير مقاسم .

(٨) الكافي ٥ ٢٨٢ حديث ١١ ، التهذيب ٧ ١٦٦ حديث ٧٣٨ ، الاستبصار ٣ ١١٨ حديث ٤٢٠

ولو انتفى الضرر بقسمة الحَمَام تثبت شفعة ، وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث يسلم البئر لأحدهما ، أو كان في الرحى أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل منهما بحجرين ، أو كان لطريق واسعاً لا تبطل منفعة بالقسمة .

بالكلية إما لضيق الخطأ وقلة النصب ، أو لأن أجزاءه غير مستفيع بها وحدها كشرب القنى ومصراعي الباب فلا يقسم .

وسياتي ذلك في باب القسمة إن شاء الله تعالى ، ولو سكنت عن هذا لم يكن فيه إحلال .

قوله : (ولو انتفى الضرر بقسمة الحَمَام ثبت الشفعة ، وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث يسلم البئر لأحدهما ، أو كان في الرحى أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل منهما بحجرين ، أو كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعة بالقسمة) .

إذا كان الحَمَام كثيراً جداً يمكن مراد حصّة كل من الشريكين عن صاحبه من غير تصرّر تثبت الشفعة ؛ لانتفاء المانع ، وكذا إذا كان مع البئر أرض تسلم البئر لأحدهما بعد التعديل^(١) .

ومثله إذا كان في بيت الرحى أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل منهما بحجرين ، وكذا إذا كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعة بالقسمة لانتفاء المانع في الجميع .

ولو كان بيت الرحى واسعاً بحيث يمكن جعل أكثر بيت الرحى موارد لما فيه الرحى ، قال في التذكرة : تثبت الشفعة ، قال : وهو مبي على أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة^(٢) .

(١) في وقى : لأحدهما البئر مع التعديل .

(٢) التذكرة : ١٩٠ . ٥٩٠ .

قال في الدروس : ويلزم منه لو اشتملت الأرض على حمام أو بيت ضيق^(١) ، وامكن سلامة الحمام أو البيت لأحدهما أن يثبت وعندني فيه نظره؛ للشك في وجوب قسمة ما هذا شأنه .^(٢)

قلت . لا وجه لهذا النظر بعد التصريح بالبناء المذكور ، إذ الكلام حيثل إنما يكون في المبني عليه .

فإن قيل فعال البئر مع الأرض أيضاً هكذا .

قلنا : نعم إن كانت الأرض لا ينفع بها من الوحة الذي كان يتمتع به قبل القسمة ، كما لو كانت معدة للزراعة وماؤها من ذلك البئر

وهي التذكرة : إن المرعية إذا انقسمت ولم ينقسم شرها الأقوى ثبوت الشعبة في البئر لأنها تابعة كالأشجار^(٣) وهذا موضع نظر

ولا فرق بين كون الشيء لا ينقسم لصيقه ، وبين كونه كذلك لقلة الصيب ، فإن صاحب الأريد لا يحاب لو كان نصيب صاحب الأقل لا يتمتع به بعد القسمة ، وقد نص عليه في التذكرة^(٤) .

وما ذكره في التذكرة^(٥) ، ودروس^(٦) غير واضح^(٧) ، فإن تعدل الأرض مع البئر إن كان موجبا لقبول القسمة فكذلك تعدلها مع الرحي ، والحمام ، ونحو ذلك .

(١) في «ق» . صغير ، وفي «م» والحجرية «صيقين» ، وما أبتله من المصدر

(٢) الدروس : ٣٨٦

(٣) التذكرة : ١ ، ٥٩٠

(٤) المصدر السابق .

(٥) التذكرة : ١ ، ٥٩٠ .

(٦) الدروس : ٣٨٦ .

(٧) في «ق» : ظلم

ولو ضم المقسوم ، أو ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة ثبت في الثاني بنسبة قيمته من الثمن . وإنما ثبت لو انتقلت الحصة بالبيع ، فلو وهب الشقص بم عوض ، أو جعله صداقاً ، أو عوضاً عن صلح أو غير ذلك لم تثبت الشفعة .

وقول المصنف في التذكرة : إن هذا مني على أنه لا يشترط فيما يصير لكل منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان يتمتع به قبل القسمة غير ظاهر ؛ لأن الأرض يتفنع بها كما كان يتفنع به قبل القسمة ، ولا يشترط تساوي الانتفاع فيما يصير إلى كل منهما .

نعم لو كانت الأرض مزرعة وفيها شر ، وبعد التعديل والقسمة لا يمكن زرعها امكن أن يقال هنا ما ذكره .

قوله : (ولو ضم المقسوم ، أو ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة ثبت في الثاني) .

خاصة ؛ لأحجام علمائنا اعطاء لكل واحد منهما حكمه ، ولا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كـثيران لصيغة وعدمه ، خلافاً لمالك .

قوله : (بنسبة قيمته من الثمن) .

أي : يثبت نسبة قيمة المشفوع^(١) إلى مجموع القيمتين من الثمن ، أي : يثبت من الثمن هذه النسبة ، فإذا كانت قيمة المشفوع ثلث مجموع القيمتين فحصته من ثمن المجموع الثلث ، وهو ظاهر

قوله : (وإنما يثبت لو انتقلت الحصة بالبيع ، فلو وهب الشقص بم عوض ، أو جعله صداقاً ، أو عوضاً عن صلح ، أو غير ذلك لم تثبت الشفعة) .

(١) في ١٢١ بنسبة قيمته، أي. المشفوع.

ولو كان الشريك موقوفاً عليه ثبتت لشفعة في الطلق إن كان واحداً على رأي .

ساجماع علمائنا؛ لأن الشفعة من توابع البيع كما يدل عليه مفهوم الروايات^(١) ، وقول ابن الحبيد بثبوتها في الموهوب بعوض أو غيره^(٢) شاذ ، ويريد المصنف بقوله . (أو غير ذلك) ما لم يكن بيعاً كما هو ظاهر

قوله : (ولو كان الشريك موقوفاً عليه ثبتت الشفعة في الطلق إن كان واحداً على رأي) .

هذا مختار ابن ادریس^(٣) ، وهو الأصح لثبوت المقتضى وهو كونه شريكاً مقاسماً؛ لأن الموقوف عليه مالك مع خصومه البيع وانتفاء البيع ، إذ ليس إلا كونه موقوفاً عليه ، وهو غير صالح للمانع ، إذ الحجر عليه في التصرف لا ينافي كونه مالكا .

وقال الشيخ : لا تثبت^(٤) ، لعدم انحصار الحق به وجوابه أن العرض انحصاره الآن ، وانتقاله عنه بعد ذلك إلى غيره كانتقال المملوك بالبيع ، والموت ، ونحو ذلك .

قال السيد المرتضى لإمام المسلمين وحلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظر فيها على المساكين أو على المساحد ، وكذلك كل باطر بحق في وقف^(٥) .

ويشفي عدم الثبوت هذا؛ لأن الملك في ذلك إن كان للمسلمين فالكثرة مانعة ، وإن كان لله تعالى فثبوت الشفعة مما يتوقف فيه ، من حيث النظر في أن

(١) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٨٠٥ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٨

(٢) المختلف ، ٤٠٤

(٣) السرائر ، ٢٥٣

(٤) المسبوط ٣ : ٢٨٨

(٥) الانتصار : ٢٢٠

والأقرب عدم اشتراط لزوم البيع ، فلو باع بخيار تثبت الشفعة
اشترك أو اختص بأحدهما ، ولا يسقط خيار البائع حينئذ .

ذلك ملك حقيقي .

وقال ابن ادریس : تثبت إن كان لموقوف عليه واحداً^(١) وارتضاء
المتأخرون^(٢) .

فرع . لو بيع الوقف في صورة الحوار تثبت للاخر الشفعة .

قوله : (والأقرب عدم اشتراط لزوم البيع ، فلو باع بخيار تثبت
الشفعة ، اشترك أو اختص بأحدهما ، ولا يسقط خيار البائع) .

هذا مختار ابن ادریس^(٣) ، وقوله في المختلف^(٤) ، ووجه حصول
المقتضي ، وهو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك ، وانتهاء المانع إذ ليس
الا الخيار ، وهو غير صالح للمانعة ؛ لأن إلتزول لا أثر له .

فيل : يلزمه سقوط حق البائع من الخيار الثابت في صلح العقد سابقاً
على حق الشفيع .

قلنا : لا ، بل حقه باق ، من صلح بطل البيع والشفعة ، وإن لم يفسخ
حتى خرجت المدة تثبت الشفعة والبيع معاً .

قال الشيخ : إن كان الخيار للبائع أو له وللمشتري فلا شفعة ؛ لعدم انتقال
الملك بمجرد العقد اليه ، وإن كان للمشتري وجبت الشفعة ؛ لانتقال الملك
اليه بنفس العقد للزومه من جهة البائع ، نكس بطالب بعد انقضاء الخيار^(٥) ،

(١) السرائر : ٢٥٣ .

(٢) يظهر من الايضاح ٢ . ١٩٩ أنه يلحق بـ حيث يبي المقدمتين اللتين اعتمد عليهما من يبي
ثبوتها

(٣) السرائر : ٢٥٠ .

(٤) المختلف : ٤٠٥ .

(٥) المبسوط : ٣ : ١٢٣ .

وكذا لو باع الشريك تثبت للمشتري . الأول الشفعة وإن كان
لبائعه خيار الفسخ ،

وتبعه ابن البراج^(١) .

وكلام ابن الجبيل^(٢) قريب من كلام الشيخ ، والأصح^(٣) ثبوت
الاستحقاق في الصور كلها لما قلناه ، لكن ليس للشفيع الأخذ إلا بعد انقضاء
الخيار مع عدم الفسخ ، وهذا هو مختار المصنف حيث قال (ولا يسقط خيار
النائع حينئذ) وكان عليه أن يقول : ولا يسقط خيار دي الخيار حينئذ ، ولعله
حاول بذلك الرد على ابن إدريس لأن ظاهره سقوط خيار النائع حينئذ^(٤)

ثم حكى عن المصنف : أن أحد الشفيع يقع مراعى ، فإن فسح النائع
بطل الأحد وإلا صح ، قل . ولا أعلم به قائلًا .

ثم قال قال الشيخ وإن اختص به المشتري تثبت الشفعة ، وله المطالبة
بها قبل انقضاء الخيار^(٥) ويلزم من قول الفاضل أن تكون المطالبة مراعاة .

ويمكن القول بأن الأخذ يجعل خيار المشتري كما لو أراد الرد بالعيب
فأخذ الشفيع ، ولأن العرض الثمر وقد حصل من الشفيع ، إلا أن يجاب بأن
المشتري يريد دفع الدرك عنه .

قوله : (وكذا لو باع الشريك تثبت للمشتري الأول الشفعة وإن كان
لبائعه خيار الفسخ) .

أي : لو باع الشريك الآخر لذي لم يبع حصته ، وهو الشفيع حيث لم

(١) المهذب : ٤٥٥ .

(٢) نقله عنه في المختلف : ٤٠٥ .

(٣) في «ق» : فالأقرب

(٤) الرائر : ٢٥٠ .

(٥) الخلاف : ١١٠ مسألة ٢١ كتاب الشفعة

فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري ، وإن فسخ قبله فلا حق للبائع ، وفي المشتري اشكال .

يأخذ بالشفعة ، وذلك في صورة ما اذا اشتمل البيع الأول على خيار فللمشتري الأول - وهو الذي اشتمل بعه على الخيار - لأخذ بالشفعة ؛ لأنه شريك حقيقة وإن كان بعه مشتملاً على خيار ، إذ لا مسافة بين ثبوت الخيار وكونه مالكاً المتقضي لكونه شريكاً .

قوله : (فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري ، وإن فسخ قبله فلا حق للبائع ، وفي المشتري اشكال)

أما اذا فسخ صاحب الخيار بعد الأخذ فوجه كونه المشفوع للمشتري انه في وقت الأخذ كان شريكاً فاستحق الشفعة . فلما أخذ من استحقاق وصار مالكاً حقيقة فلا يصر طرود الفسخ المزيل للملك كما لو زال سبب آخر

وأما اذا كان الفسخ قبل الأخذ فوجه عدم استحقاق البائع - أعني البائع الأول الذي عاد اليه الملك بالفسخ - أنه لم يكر شريكاً في وقت البيع الثاني ، وشرط الاستحقاق للشفعة ثبوت الشركة في وقت البيع

وهل يستحق المشتري ؟ - يعني المشتري الأول وهو الذي فسخ بعه - اشكال ينشأ : من سبق ثبوته والأصل بقاءه ، ومن زوال سبب الاستحقاق قبل الأخذ فيزول الاستحقاق ، وهو الأصح .

فعلى هذا يشترط لثبوت الشفعة كونه شريكاً وقت البيع ووقت الأخذ ، فلو باع الشريك استحقاقه بعد بيع شريكه لم يستحق شفعة ولو كان جاهلاً ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن فيه وجهين .

واعلم أن عبارة المصنف تشير بأن استحقاق الشفعة للمشتري الأول مع الخيار إنما هو حيث يكون الخيار للبائع ، إذ العطف ؛ بـ (أن) الوصلية يقتضي أن يكون هذا هو الفرد الأخرى ، مع أن ثبوت الشفعة اذا كان الخيار للمشتري

الفصل الثاني : في الأخذ والماخوذ به .

أما الأخذ : فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن ، فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي ،

اخفى ، خصوصا اذا طرأ الفسخ من قبله .

وأما أن لا يكون العطف صحيحاً ، أو يكون المراد عدم ثبوت الشفعة للمشتري اذا كان له خيار ، والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون الخيار له أو لا ، وعلى قول الشيخ بعدم انتقال الصبيح إلا بعد انقضاء خيار البائع^(١) فيجب أن يكون الخيار له لقاء الشفعة ولو مسح فلولى

قوله (فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي) .

هذا هو المشهور وكاد يكون اجماعاً ، وادعه ابن ادريس^(٢) ، وتدل عليه صحيحة ابن سنان ، عن لصادق عليه السلام : « لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما ، فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة »^(٣) .

وقال ابن الجبيل^(٤) ، ويصدق شئونها مع الكثرة^(٥) ، لروايات

(١) المبسوط ٣ : ١٢٣ .

(٢) السرائر ٢٥٠ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٩ ، الاستبصار ٣ : ١١٦ حديث ٤١٢ .

(٤) المختلف ٤٠٣ .

(٥) الفقيه ٣ : ٤٦ ، علما بأن الصدوق فصل حيث شرط الشفعة بين شريكين في الحيوان خاصة ، وأما في غير الحيوان فالشفعة واجبة للشركة وإن كانوا أكثر من اثنين

وقال في المفتاح ٦ : ٣٣١ وقد نسب بهما معا ثبوتها مع الكثرة من دون تفصيل أبو العباس في المختصر والمهدب ، والمحقق الثاني في جامع المقاصد وغيرهما . وحكى المصنف في المختلف وولده عن أبي علي ثبوتها مع الكثرة ، وحكى عن الصدوق في الفقيه التفصيل المذكور .

ولا للعاجز ، ولا للمماطل والهارب .

ضعيفة^(١) ، لا تهض حجة مع معارضتها بأقوى منها ، والمذهب الأول .

قوله : (ولا للعاجز ولا للمماطل و هارب)

اشتراط القدرة على الثمن يقتضي أن لا شفعة للعاجز ، ويتحقق العجز باعترافه ، وهل يتحقق بفقره واعباره؟ فيه نظر؛ لإمكان أن يحصله بفرض ونحوه فينتظر به الثلاثة .

والمراد بـ (المماطل) . القادر على الأداء ولا يؤدي ، وهل يتحقق كونه مماطلاً قبل الثلاثة؟ طاهر اطلاقهم يقتضي ذلك ، ولا إشعار رواية ابن مهياري عن الجواد عليه السلام . بانتظاره ثلاثة أيام حيث لم ينص الثمن^(٢)

أما الهارب فإن كان قبل الأحكام لا شفعة له ، وإن بعده فلمشتري المبيع ، ولا يوقف على الحاكم كما صرح به في التحرير^(٣) ؛ لعموم : لا ضرر ولا ضرار^(٤) ، ولأن الأحكام لما كان مسأً على القهر لم يلزم المشتري حكمه ، بخلاف ما إذا هرب المشتري عن أداء ثمن المبيع

إن قيل : من أين دخل المماطل والهرب في مفهوم المحاكمة في قوله : (قادر على الثمن)؟

قلنا . باعتبار المقصود من القدرة ، وهو بذل الثمن ، إذ لا أثر للقدرة المجردة ، فعبر عن المسبب بالسبب ، والمراد بالثمن هنا : المثل أو القيمة كما لا يخفى .

(١) انظر الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٥ ، ١٥٦

(٢) التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٣٩

(٣) تحرير الأحكام ٢ : ١٤٥ .

(٤) الكافي ٥ : ٢٩٢ حديث ٢ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٤ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٧ ، مس ابن ماجه ٢ : ٧٨٤ حديث ٢٣٤٠ ، ٢٣٤١ ، مسد أحمد ١ : ٣١٣ و ٣٢٧ ، مس الدارقطني ٤ .

٢٢٧ حديث ٨٣

فإن ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام ، فإن أحضره وإلا بطلت شفעתه بعدها .

ولو ذكر أنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله منه وثلاثة أيام بعده ما لم يستضر المشتري .

قوله : (فإن أحضره وإلا بطلت شفעתه بعدها) .

أي : إن حضر الثمن على رأس الثلاثة فهو الحق ، وإلا بطلت شفעתه بعد مضيها إن لم يكن أخذ ، فإن أخذه فللمشتري الفسخ

ثم إن ابتداء الثلاثة من حين البيع أم من حين علمه به ؟ ظاهر الرواية تشعر بالثاني ، لأن فيها عدت على أن يحضر المال فلم يضر ، فقال عليه السلام : « إن كان معه بالعصر فليستطرحه ثلاثة أيام »^(١) . فإن المتبادر من ذلك انتظار ثلاثة أيام من حين دعوته لاحتصار المال ، ودعاه لذلك واجب على الفور كما كان أخذه فوراً من حين العلم ، وتعتبر الثلاثة ملفقة ولو وقع البيع في خلال اليوم .

وهل تعتبر الليالي بحيث يلفق ثلاثة أيام وثلاث ليال ؟ لا تصريح بذلك ، ولو قلنا . إن مسمى اليوم شامل لليلة اعتبرت ، نعم لو وقع البيع أول الليل فالليالي داخلة لها تبعاً .

قوله : (ولو ذكر أنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله) .

أي . لو ذكر الشفع أن الثمن في بلد آخر أجل مقدار ما يسافر إلى تلك البلدة ويعود ، ملحوظاً في ذلك حصول الرقيق إن احتيج إليه عادة والظاهر أنه لا يجب عليه استئجار الرفقاء لذلك بل ينتظر حصولهم كما هو المستمر في العادة .

فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام وإن اشتراه من ذمي ، وإلا فلا .

وللاب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو المشتري لهما ، أو البائع عنهما على اشكال ،

وهل يستثنى له وقت تكون فيه في ذلك البلدة زيادة؟ الظاهر لا؛ لاندفاع الحاجة بالثلاثة الأيام ، وهذا إذا لم يتضرر المشتري بالصبر ، ويتحقق تضرره بطول المسافة بما لم تجر العادة بمثله ، فحيث إن ما يثبت التأجيل بما ذكر إذا لم يلزم طول كثير لم تجر العادة بمثله ، كسفر من العراق إلى الشام ، وبحود ذلك ، والمحكم في ذلك العرف .

قوله . (فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام وإن اشتراه من ذمي ، وإلا فلا) .

لما كان الشفيع إنما يأخذ من المشتري اشترط اسلام الشفيع إن كان المشتري مسلماً؛ لأن الشفعة حق قهري فلا تستلزم الكافر على المسلم لقوله تعالى : ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾^(١) سواء كان البائع مسلماً أو ذمياً ، وإن لم يكن المشتري مسلماً ثم بشرط اسلام الشفيع وإن كان البائع مسلماً .

قوله : (وللاب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما على اشكال) .

لا ريب أن للاب وإن علا الشفعة على الولد للعموم ، ولا بحث في البالغ العاقل ، إنما الكلام في الصبي والمجنون إذا كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما ، فإن فيه اشكالا عند المصنف يشأ من أن ايقاع العقد يتضمن الرضى به وذلك مسقط للشفعة ، ومن أن ايقاع العقد المذكور تمهيد للأخذ

وكذا الوصي على رأي ، والوكيل .

بالشفعة وتحقق لسيه ، فلا يكون الرضى به مسقطاً لها ، إذ الرضى بالسب من حيث هو سب يقتضي الرضى به مسبب فكيف يسقط .

ولا ينحيل أن البيع أو الشراء المذكورين مع ارادة الشفعة لا يقمان صحيحين ، إذ لا عظة للصغير^(١) والمجنون في ذلك ؛ لأن الفرص صحة التصرف ، وهو مفيد بالمصلحة متى وجدت صحح ولا فلا ، والأصح الثبوت .

وهل يستحق الولد على والده شفعة ، فيأخذ منه لو كان مشترياً؟ فيه احتمالان ، وفي الاستحقاق قوة

قوله : (وكذا الوصي على رأي) .

أي له الأحذ بالشفعة إذا باع أو اشترى لمن هو مولى عليه ، خلافاً للشيخ فإنه حوّر في الأب والجد له ذلك ، ومنع في الوصي إذا باع مال المولى عليه^(٢) إذ لا يؤمن^(٣) أن يترك المظر والاستقصاء ، وتسامح في البيع ليأخذ بالتمس والجش ، كما أنه لا يمكن من بيع ماله لنفسه بخلاف الأب والجد له ، لأن ولايتهما أقوى وشفعتهما أكثر ، ويحوز لكل منهما أن يبيع من نفسه والأصح الحوار ؛ لأن العرض وقوع البيع على الوجه المعتبر فلا يرد ما ذكره ، ولورفع الأمر إلى الحاكم فباع فأخذ بالشفعة فلا بحث في الصحة .

قوله . (والوكيل) .

أي في الشراء أو في بيع له أن يأخذ بالشفعة لنفسه قولاً واحداً بخلاف الوصي ؛ لأن الموكل ناظر لنفسه بعرض ويستدرك إن وقف على تفصيل

(١) في ٤٢٥ : للطفل

(٢) المبسوط ٣ ١٥٨ .

(٣) في ٤٢٥ . لا يؤمن عليه

وتثبت للصغير والمجنون ، ويتولى الأخذ عنهما الولي مع المصلحة ، فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة ، إلا أن يكون الترك اصح .

الوكيل ، والصبي عاجز عن ذلك . واستشكل ذلك المصنف في التذكرة بأنه كيف تتحقق الشفعة مع قصد البيع ورضاه به^(١) ، وجوبه يعرف مما سبق .

قوله : (وتثبت للصغير والمجنون ويتولى الأخذ عنهما الولي مع المصلحة ، فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة ، إلا أن يكون الترك اصح) .

لا شبهة في ثبوت الشفعة بشروطها للصغير والمجنون ، وبه رواية عن علي عليه السلام^(٢) ، ويتولى الأخذ عنهما الولي بشرط المصلحة كسائر التصرفات ، فلو ترك في موضع الثبوت فلهما بعد الكمال المطالبة ، ولو ترك لانتفاء^(٣) المصلحة فلا شفعة فليس لهما بعد لكمال المطالبة

واعلم ان قوله : (فلو ترك فلهما بعد كمال المطالبة ، إلا أن يكون الترك اصح) يقتضي أنه لو جهل الحال لهما المطالبة بعد الكمال ؛ لشمول قوله . (فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة) لدلت ، إذ لو قيد ثبوت المصلحة لم يكن الاستثناء متصلاً ، وهو خلاف الظاهر ، وفي استحقاقهما المطالبة والحال هذه نظر ؛ لأن المطالبة فرع الثبوت حيث ، والثبوت إنما يتحقق مع المصلحة ، والغرض جهالة الحال فلا مقتضى لثبوت ، وهذا وجه .

(١) التذكرة ١١٢ ٥٩٢

(٢) الكافي ٥ ٢٨١ حديثه ، التهذيب ٧ ١٦٦ حديث ٧٣٧ فان في المفتاح ٦ ٣٣٦ وهو وان

نخص اليتيم والمأثب إلا أنه لا قائل بالفصل بين الصبي والمجنون ، بل ولسميه وقد سمعت

ما في جامع المقاصد من جعل الصبي والمجنون من صنف واحد حيث سبب ذلك إلى الرواية

(٣) في (ق) . لا تقصه

ولو أخذ الولي مع اولوية الترك لم يصح ، والملك باق للمشتري .
وتثبت للغائب والسفيه والمكاتب وإن لم يرض المولى ، ويملك
صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن ربح أو كان ؛ لأن
العامل لا يملكه بالبيع وله الأجرة .

قوله : (ولو أخذ الولي مع اولوية الترك لم يصح والملك باق
للمشتري) .

لا ريب أنه لو أخذ مع عدم المصلحة لا يصح لأحد ؛ لأن فعله مقيد
بالمصلحة وقوله : (والملك باق للمشتري) يمكن أن يكون من تنمة قوله :
(ولو أخذ ...) ، ويمكن أن يكون من تنمة قوله : (فلو ترك فلهما المطالبة
بعد الكمال) فيكون جواباً عن سؤال مقدر تقديره : أنه لو ثبت الاستحقاق بعد
الكمال لكان لأحد إنما هو بالعقد السابق ، فيكشف أن الملك لم يكن
للمشتري .

وجوابه . أن الملك باق للمشتري ، والأخذ إنما يفيد الملك من حينه ،
كذا في بعض حواشي الشهيد وليس بشيء ؛ لأن العارة تأباه ، وكلام
التذكرة^(١) يشهد بأن هذا من تنمة قوله : (ولو أخذ ...) .

قوله : (ويثبت للغائب والسفيه والمكاتب وإن لم يرض المولى) .
للعوم ، وقد انقطعت سطنة المولى عن المكاتب ، وإنما يأخذ للسفيه
وليه .

قوله : (ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن
ربح ، أو كان ؛ لأن العامل لا يملكه بالبيع وله الأجرة) .

أي : لو اشترى العامل بمال المضاربة شقصاً لرب المال فيه شركة ملك

رب المال الشقص بالشراء لا بالشفعة؛ لأنه مشتر بعين ماله فلا يقع الشراء إلا له، ولا يجوز أن يستحق أن يملك ملكه، بخلاف الجنابة الموجبة للقصاص فإنها ليست مالا، سواء لم يكن هناك ربح صلاً أو كان؛ لأن العامل لا يملك الربح بالبيع، إذ البيع إنما يقع للمالك لأنه بماله، بل يملكه إما بالبيع بعد الظهور أو بالانقضاء وله الأجرة على المالك.

وفي حواشي شيخنا الشهيد: أن في ذلك نظراً؛ لأنه سيحيى في فتوى المصنف أن الربح يملك بالظهور، وحيث فيملك العالم بقدر حصته من الشقص فيكون شريكاً. ثم اجاب بها لا بدفع السؤال، ثم اعترف بورود السؤال.

وفي التذكرة حكى عن بعض الشافعية وجهاً ثالثاً في هذه المسألة، وهو أن للمالك أن يأخذ بحكم فسخ المضاربة؛ لأنه لما تمت استحقاقه الشفعة لم يشت، أما استحقاقه قطع سلطنة العامل عن الشقص فإنه ممكن، فلا يلزم من انتهاء الشفعة لامتناعها انتهاء هذا، كما يقول. إذا حث المرتهن على عند آخر للمولى كان له فكه من الرهن بسبب الجدية، وحيث فيكون له على المولى أجرة المثل عن عمله لكونه محترماً، سواء ظهر ربح أم لا^(١).

ويرد عليه أن فسخ المالك إذا طرأ على المضاربة لا يسقط استحقاق العامل من الربح الذي قد ثبوت استحقاقه؛ لأن الفسخ إنما يؤثر بالنسبة إلى مستقبل الرمان لا فيما مضى، فيجب أن يقدّر: إن ظهر ربح للعامل حقه منه إن قلنا بملكه بالظهور، وإلا فله الأجرة وهو المطابق لما في الدروس^(٢).

لكن يرد عليه أيضاً أن هذا الحكم ثبت في جميع أقسام المضاربة، فلا خصوصية لكون الشقص مشفوعاً في ثبوت الفسخ

(١) التذكرة: ١: ٦٠٠.

(٢) الدروس: ٣٨٧.

وأما المأخوذ منه : فهو كل من تجدد ملكه بالبيع ، واحترازنا بالتجدد عن شريكين اشتريا دفعة .

ويمكن الجواب عن السؤال الأول . بأن العامل وإن استحق الحصة من الربح بالظهور إلا أن استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلط المالك على قطع استحقاقه من العين ، فإن الشركة هنا إن لم تكن موجبة لاستحقاقه التملك ؛ لكونه (مالكا)^(١) حقيقة ، فلنكن دافعة لتملك العامل بعض العين .

ومضى فات حقه من الربح استحق أجرة المثل ، ولو لم يظهر ربح ففي استحقاقه الأجرة الى حين المسح كلام يأتي إن شاء الله تعالى ، وهذا لا بأس به .

إذا عرفت ذلك فقول المصنف . (لأن العامل لا يملكه بالبيع) تعليل لقوله (ويملك صاحب مد القراض بالشراء لا بالشفعة) على تقدير الربح ، ومعناه أن استحقاق العامل متأخر عن العقد فلا يمكن أخذه بالشفعة ، وفيه تنبيه على (الاستحقاق بها واختصاص العين)^(٢) من دون العامل وإن ظهر ربح ، لأن حق المالك - وهو الاختصاص بسبب الشركة - سبق فلا يربله حق العامل الطارئ ، بل للمالك مسح استحقاقه وينقل الى أجرة المثل ، وهذا هو تحقيق هذا المحل .

قوله : (وأما المأخوذ منه : فهو كل من تجدد ملكه بالبيع ، واحترازنا بالتجدد عن شريكين اشتريا دفعة) .

في كون هذا احترازا عن شراء الشريكين دفعة مناقشة ؛ لأن كلا منهما يصدق عليه الضابط المذكور ، وهو أنه تجدد ملكه بالبيع ، ولو قال : وهو كل من تجدد ملكه بالبيع لشقص من عقار مشترك لكان أولى .

(١) لم ترد في (ق)

(٢) في (ق) : استحقاق المير

ولو باع المكاتب شقصاً بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة .

ولو اشترى الولي للمطل شقصاً في شركته حار أن يأخذ بالشفعة ،

قوله : (ولو باع المكاتب شقصاً بمال الكتابة ، ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة) .

أي : لو باع المكاتب سيده شقصاً من مشترك بمال الكتابة الذي في ذمته للسيد ، ثم فسخ السيد الكتابة لعجز المكاتب لم تبطل الشفعة للشريك الثابتة بالبيع وإن ملك السيد جميع ما في يد المكاتب حيثد لعوده الى الرق ، لأن التصرفات^(١) السابقة مه كانت صحيحة معتبرة ، وقد انقطعت سلطة السيد عنه حيثد

لا يقال . بالمسح بطلت الكتابة فيبطل العوض الذي هو ثمن المبيع فيبطل البيع ، فكيف ثبت الشفعة؟

لأن نقول : بطلان الكتابة حين المسح لا قبله ، فلا يبطل البيع السابق . واحتمل المصنف في التحرير بطلانها لخروجه عن كونه مبيعاً^(٢) ، وفيه مع ويحتمل أن تكون الباء للسببية ، بأن يكون بيع المكاتب بسبب مال الكتابة لشخص آخر فتشت الشفعة بهذا البيع للسيد إن كان هو الشريك ، أو غيره على المشتري إن كان هو السيد أو غيره .

وجعله شيخنا الشهيد في حاشية أولى ؛ لأن البيع بمال الكتابة لا يتم إلا إذا أريد به البيع ببعضه وليس بواضع ، لا مكان البيع بجميع نجوم الكتابة بعد الحلول .

قوله : (ولو اشترى الولي شقصاً للمطل في شركته جاز أن يأخذ

(١) في (فقهاء) ١٤١ ، تصرفات

(٢) تحرير الأحكام ٢٠٢ ، ١٥٤

ولو حايى في مرض الموت فإن خرج من الثلث أخذه الشفيع بالمسمى ،
والأ ما يخرج منه بالنسبة

بالشفعة) .

نزل شيخنا الشهيد في حواشيه هذا التكرار على أحد أمرين : تخصيص
الاشكال السابق بالبيع ، والرجوع عن الاشكال الى الجزم فتكون فائدته ذلك ،
وهو تكلف بين

قوله : (ولو حايى في مرض الموت فإن خرج من الثلث أخذه
الشفيع بالمسمى ، والأ ما يخرج منه بالنسبة) .

أي : لو باع المريض بيعاً فيه محاسبة - وهي العطية - أي : باع بيعاً
مشتماً على عطية بأن باع بدون ثمن المثل ، فإن خرجت المحاسبة من الثلث
- بناء على أن ترعات المريض إنما تكون من الثلث - فالبيع صحيح ويأخذ
الشفيع بالمسمى .

وإن لم يخرج من الثلث فما يخرج منه بنسبته من الثمن على أصح
الوجهين ، فلا يطل من المبيع شيء إلا ويطل من الثمن ما يقابله ، فتكون
المسألة دورية حيث أنه لا يعرف قدر ما يصح فيه من المبيع ، إلا بعد أن يعرف
قدر التركة ليخرج المحاسبة من ثلثها ، ولا يعرف ذلك إلا إذا عرف قدر الثمن ؛
لأنه محسوب من التركة لانتقاله الى ملك المريض بالبيع .

فلو باع ما قيمته مائتان - وهو تمام تركته - بمائة فطريقه أن نقول : صح
البيع في شيء من الشقص بنصف شيء من الثمن ، وهو شيء قيمته نصف
شيء ، فقد حايى بنصف شيء هو ثلث التركة فيجب أن يبقى مع الورثة
ضعفه ، فيجب أن يسط المبيع على شيء ونصف ، فالشيء ثلثاه فيصح البيع
في ثلثيه بثلثي الثمن .

وإن كان الوارث الشفيع وللولي البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر ، وكذا الوكيل لهما .

والوجه الآخر أن يصح البيع في ثلث التركة ، وما قابل الثمن بمثل^(١) الثمن ، فيصح البيع في خمسة اقسام الشفص بكل الثمن ، وليس للمشتري الجاهل الفسخ لتبعض الصفة حيثئذ ، إلا إذا لم يأخذ^(٢) الشفيع بالشفعة ، قاله في التذكرة^(٣) .

ولا فرق بين أن يكون الشفيع وارثاً أو لا عدداً ، لأن المصلحة للوارث جائزة عندنا خلافاً للعامة ، فلذلك اختلفوا^(٤) فمنهم من حكم بصحة البيع ومع الشفعة ، ومنهم من منعها ، ومنهم من شتمها ، ومنهم من انت الشفعة بمقدار^(٥) الثمن فقط ، وكل هذا ساقط عندنا

والى ذلك اشر بقوله (وَأَنْ كَانَ الْوَارِثُ لِلْشَّفِيعِ)

ولو عكس فقال : وإن كان الشفيع الوارث لكان أوفق لمراده ، إذ المراد : اثبات الحكم للشفيع على تقدير كونه وارثاً ، لا للوارث على تقدير كونه شفيعاً .

قوله : (وللولي البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر ، وكذا الوكيل لهما) .

مع مراعاة المصلحة ، ولا يرد الاشكك بالرصى ؛ لانا قد احينا عنه والمراد بـ (الوكيل) : من كان له نيابة الأخذ إما لعموم التوكيل ، أو لشمول الوكالة للأخذ بالشفعة ، إذ الوكيل في البيع يعمل بفعله .

(١) في ١٢٥ . بكل

(٢) في ١٥١ . يأخذ .

(٣) التذكرة ١ : ٥٩٣

(٤) في ١٢٥ : في مقدار

ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعة إلا بعد أن يولد حياً .

ولو عفا وليّ الطفل مع غبطة الأخذ كان للولي أيضاً المطالبة على اشكال ينشأ : من أدائه الى التراخي ، بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له حيثئذ .

ولو ترك لأعسار الصبي لم يكن له الأخذ بعد يساره ، ولا للصبي .

قوله : (ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعة إلا بعد أن يولد حياً) .

أما عدم الأخذ له إذا كان حملاً فلمعظم تبقر حياته ولا طنها بالاستناد الى الاستصحاب ، وأما أخذه بعد أن يولد فلمعظم دلائل الشفعة . ويحتمل العدم ، لأن الحمل لا يملك بالابتداء إلا الأثر بالتوصية فلا يمكن إنشاء ملك له ويشكل بأنه لو لم يمكن له صلاحية الملك لم يرث ، ومختار المصنف هنا هو مختاره في التذكرة^(١) ، وفيه قوة ، وتروى في الدروس^(٢) .

قوله : (ولو عفا وليّ الطفل مع غبطة الأخذ كان للولي أيضاً المطالبة على اشكال ينشأ من أدائه الى التراخي ، بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له حيثئذ) .

ومن أن الحق ثابت للطفل ، والفرض بطلان العفو ، فللولي المطالبة به كسائر الحقوق ، وتفصيله بالتراخي لا يسقط حق الطفل ، والحق لا يتجدد للصبي عند البلوغ وإنما المتجدد أهلية الأخذ والحق ثابت قبل ذلك ، والأصح أن له المطالبة .

قوله : (ولو ترك لأعسار الصبي لم يكن له الأخذ بعد يساره ولا

(١) التذكرة : ١١٠ .

(٢) الدروس : ٣٨٧ .

والمغنى عليه كالثائب
وللمفلس الأخذ بالشفعة ، وليس لغرماء الأخذ بها ، ولا إجباره
عليه ، ولا منعه منه وإن لم يكن له فيها حظ ، نعم لهم منعه من دفع المال
ثمناً فيها ،

للصبي .

إذ لا حق حينئذ ؛ لعدم الاستحقاق من وقت البيع فليس له المطالبة ولا
للصبي .

قوله : (والمغنى عليه كالثائب) .
وإن تطاول الأغماء ، ولا ولاية لأحد عنه فلم يتصور الأخذ عنه .
قوله : (وللمفلس الأخذ بالشفعة) .
للمعوم الشامل له ، وربما رضي الغرماء بدفع الثمن أو المشتري بدمته
قوله : (وليس للغرماء الأخذ بها)

إذ لا ملك لهم ، ولا له قبل الأخذ ليشت لهم استحقاقه .
قوله : (ولا إجباره عليه ، ولا منعه منه وإن لم يكن له فيها حظ) .
أي . ولا لهم إجباره على الأخذ ، إذ لا يجب عليه الاكتساب لهم ولا
منعه من الأخذ ، لأن ذلك حق له ، وليس من لوازمه التصرف في الأموال التي
تعلقت حقوقهم بها ، فلا تعلق لهم بذلك وإن لم يكن له في الأخذ حظ
وغلبة .

قوله : (نعم لهم منعه من دفع المال ثمناً فيها) .

أي . في الشععة ، لسبق تعلق حقوقهم بالأموال السابقة والمتجددة ولو
بهبة واكتساب كما سبق^(١) .

(١) في ١٣ : على ما سبق .

فإن رضي الغرماء بالدفع أو المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء بالمشفوع
وإلا كان للمشتري الانتزاع ، وللعبد المأذون في التجارة الأخذ بالشفعة ،
ولا يصح عفوهُ .

ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللمعامل الأخذ بها مع عدم
الربح

قوله : (فإن رضي الغرماء بالدفع ، أو المشتري بالصبر تعلق حق
الغرماء بالمشفوع ، وإلا كان للمشتري الانتزاع) .

أي . إذا أخذ فإن رضي الغرماء بدفع الثمن من أمواله فقد استقر ملكه ،
وكذا لو رضي المشتري بالصبر فيتعلق حق الغرماء على كل من التقديرين
بالمشروع ، لتعلق حقهم بما يتجدد له من المال ، وإلا - أي - وإن انتهى
الأمران - فللمشتري الانتزاع للصبر بأخذ المالك منه فهُوَ من غير دفع ثمن

قوله : (وللعبد المأذون في التجارة الأخذ بالشفعة) .

لأنه من جملة أقسام التجارة .

قوله : (ولا يصح عفوهُ) .

بخلاف الوكيل فإن له أن يفعل ما تقتضيه المصلحة إذا كان وكيلاً عاماً ،
فلذا عفا مع المصلحة لم يكن لمرئيه المطالبة ، صرح به في التذكرة^(١) .
والفرق أن العبد للعبد استخدام له ، وهو أضعف من التوكيل ، ولهذا ينعزل
بالإبقاء .

قوله : (ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللمعامل الأخذ بها
مع عدم الربح) .

إذ لا مانع حيثئذ ، لانتفاء تكثر الشركاء ، وكونه نائباً للمالك في التصرف

ومطلقاً إن اثبتناها مع الكثرة ، فإن تركها فللمالك الأخذ .

وقيل : ثبت مع الكثرة ، فقليل : على عدد الرؤوس ، وقيل : على قدر السهام . فروع على القول بالثبوت مع الكثرة :

معال المضاربة بكل ما يشتمل على الغبطة .

قوله : (ومطلقاً إن اثبتناها مع الكثرة) .

أي : وله الأخذ مع عدم الربح ، ومعه على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة لا بدونه بالنسبة إلى الأمر الثاني ؛ لأنه مع الربح يكون شريكاً للمالك في الشقص فيتعدد الشركاء .

قوله : (فإن تركها فللمالك الأخذ) .

أي : إن ترك العامل الشفعة على تقدير الثبوت فللمالك الأخذ ، ولا يسقط حقه بترك العامل ، ولو عني مع المصنعة فهل هو كالوكيل ؟ يحتمل العدم ؛ لأن مطلق عقد القراض لا يقتضي عموم التصرفات ، إلا أن ينص له على ما يشمل ذلك .

قوله : (وقيل : ثبت مع الكثرة ، فقليل . على عدد الرؤوس ، وقيل : على قدر السهام) .

استورد إلى ذكر الخلاف في ثبوت الشفعة مع الكثرة ، وإن كانت العبارة لا تخلو من سماجة ، فقال أكثر الأصحاب - ركاد يكون اجماعاً ، وادعاه ابن ادريس^(١) - : لا تثبت معها .

وقال ابن الجنييد ، والصدوق بالثبوت ، فقال ابن الجنييد : تثبت على قدر السهام لأن المقتضي للشفعة هو الشركة ، فد كانت أقوى كان أثرها أكثر^(٢) ،

(١) السرائر: ٢٥٠ .

(٢) المختلف ٤٠٤ .

أ : لو كان لأحد الثلاثة النصف ، ولآخر الثلث ، ولثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فحد منها سهام الشفعاء ، فإذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة ،

وقال الصدوق : على عدد الرؤوس^(١) ، للرواية عن أمير المؤمنين عليه السلام : « إن الشفعة تثبت على عدد الرجال »^(٢) . والأصح عدم الثبوت مع الكثرة ؛ للأخبار الصحيحة الدالة على ذلك^(٣)

ولو قدما بالثبوت لكان قول الصدوق أوجه ؛ للرواية^(٤) ، ولأن الشركة هي الحضر القليل سبب في استحقاق الكثير ، والأصل عدم التفاصيل ، ولا دليل على ما ذكره .

قوله . (لو كان لواحد النصف ، ولآخر الثلث ، ولثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فحد منها سهام الشفعاء ، فإذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها ، ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة) .

هذا صابط لا يستحرج حق كل واحد من الشفعاء على رأي ابن الجبيل^(٥) ونحقيقه أن ينظر إلى مخرج سهام جميع الشركاء فيأخذ منها سهام الشفعاء ، فإذا عدت عدتها - أي عدة سهام الشفعاء - قسمت المشفوع عليها ويصير بعد ذلك العقار كله بين الشفعاء على تلك العدة ، أعني عدة سهام الشفعاء إذا عرفت ذلك فسهام شركاء في المثال المذكور ستة ، وذلك لأنها مخرج السدس ومخرج الثلث ومخرج النصف داخلان .

(١) الفقه ٣ : ٣٦ ديل الحديث ١٦٢ .

(٢) الفقه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٥ ، ١٥٦ .

(٣) منها ما في الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٩ ، الاستبصار ٣ : ١١٦ حديث ٤١٢ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) المختلف : ٤١٤ .

فلو كان البائع صاحب النصف فسهم الشفعة ثلاثة . اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم ، فالشفعة على ثلاثة ويصير العقار كذلك ، ولو كان صاحب الثلث فالشفعة ارباعاً : لصاحب النصف ثلاثة ارباعه وللآخر ربعه .

ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين اخصاساً : لصاحب النصف ثلاثة وللآخر سهمان ، وعلى الآخر يقسم المشفوع نصيبين .

قوله . (فلو كان البائع صاحب النصف فسهم الشفعة ثلاثة اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم ، فالشفعة على ثلاثة ، ويصير العقار كذلك) .

انما كان سهم الشفعة ثلاثة لان صاحب الثلث لو سهمان من ستة هما الثلث ، ولصاحب السدس سهم ، فلو اُخذوا^(١) النصف بالشفعة صار العقار بينهم كذلك ، أي اثلاثاً

قوله (ولو كان صاحب الثلث فالشفعة ارباعاً : لصاحب النصف ثلاثة ارباعه ، وللآخر ربعه) .

أي : لو كان البائع صاحب الثلث فسهم الشفعة أربعة : النصف وهو ثلاثة من ستة ، والسدس فالشفعة تكون ارباعاً ، ولآخر نصف لكل سهم من سهمي الثلث ، فتضرب اثنين في ستة تبلغ اثنا عشر ، لصاحب النصف ثلاثة ارباع الثلث وللآخر الربع فيكون العقار بينهم ارباعاً .

قوله : (ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين اخصاساً : لصاحب النصف ثلاثة ، وللآخر سهمان)

لان سهامهما خمسة فيكون العقار بينهم اخصاساً

قوله . (وعلى الآخر يقسم المشفوع نصيبين) .

أي : على القول الآخر ، وهو القسمة على عدد الرؤوس .

(١) في الأصل ، اُخذوا

ب : لو ورث أخوان أو اشتريا ، فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه .

ج : لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، وقيل بالشركة ، وحينئذ لو قال المشتري : قد اسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم ، لاستقرار ملكه على قدر حقه ، فكان كما لو أخذنا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه

قوله : (لو ورث اخوان أو اشتريا فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه) .

لكونهما شريكين ، وبعض العامة يخص الشفعة بالأخ لمشاركته البائع في سبب الملك^(١) ، وليس شيء من مدار الشفعة على الشركة .

قوله : (لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، وقيل بالشركة ، وحينئذ لو قال المشتري : قد اسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم ، لاستقرار ملكه على قدر حقه ، فكان كما لو أخذنا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه) .

أي : لو كان الشركاء ثلاثة فباع أحدهم من شريكه استحق الشريك الثالث الشفعة دون المشتري ، لأن الشفعة للانسان على نفسه غير معقولة ، لا متناع أن يستحق الانسان ثملك ملك نفسه بالشفعة ، وهو قول الشيخ في الخلاف^(٢) وقال فيه وفي المبسوط : يشتركان في الشفعة لاشتراكهما في العلة الموجبة لهما ، ولا يمتنع أن يستحق ثملك الشفص سببين البيع والشفعة ، لأن حلل الشرع وامبابه لما كانت معرفات لم يمتنع اجتماع علتين على معلول واحد ، ولأن للشفعة اثرأ وهو منع الشريك الآخر ثملك مقدار

(١) ذهب اليه الشافعي في التلخيص ، راجع المجموع ١٤ : ٣٣٢ ، ٣٣٣ .

(٢) الخلاف ٢ : ١١١ مسألة ٢٦ كتاب الشفعة .

د : لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك ، سواء كان واحداً أو أكثر .

ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح ، ولو باع شقصاً من ثلاثة دفعة فشريكه أن يأخذ من الثلاثة ومن اثنين ومن واحد ؛ لأنه بمنزلة عقود متعددة ، فإذا أخذ من واحد لم يكن للآخرين مشاركته ؛ لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة .

مشفوعه بالشفعة ، ولأمانع منه ^(١) ، واختاره المصنف في المختلف تفريعاً على القول بالثبوت مع الكثرة ^(٢) ، وهو الأصح تفريعاً
قوله : (لو عفا أحد الشركاء كان لساقى أخذ الجميع أو الترك ، سواء كان واحداً أو أكثر) .

لأنه لا يحوز ببعض الصفقة على المشتوي في الشقص المشفوع
قوله : (ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح) .

لأنه لم يملك شيئاً ، وإنما ملك أن يملك .
قوله : (ولو باع شقصاً من ثلاثة دفعة فشريكه أن يأخذه من الثلاثة ، ومن اثنين ، ومن واحد ؛ لأنه بمنزلة عقود متعددة) .

لأن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري ، ومتى تعددت العقود كان بالحيار في الأخذ بالشفعة في الجميع والبعض

قوله : (فإذا أخذ واحد لم يكن للآخرين مشاركته ؛ لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة) .

(١) المبسوط ٣ : ١٣٨

(٢) المختلف ٤٠٨

ولو رتب فللشفيح الأخذ من الجميع ومن البعض ، فإن أخذ من السابق لم يكن للأحق المشاركة ، وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق

ويحتمل عدم المشاركة ، لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة ، فلا يكون سبباً في استحقاقها ، فلو أخذ من الجميع لم يشاركه

وتملكهم إما يثبت في ركن واحد ؛ لأن الغرض أن العقد للجميع واحد .

قوله : (ولو رتب فللشفيح الأخذ من الجميع ، ومن البعض) .

المراد بالشفيح : هو شريك السامع ، ووجه استحقاقه من الجميع أو البعض^(١) تعدد الصفة وكونه شريكاً عند كل بيع .

قوله : (فإن أخذ من السابق لم يكن للأحق المشاركة) .

أي : إن أخذ من السابق ملكه على غيره من الثلاثة لم يكن للأحق المشاركة ، لأنه لم يكن شريكاً في وقت شراء الأول فلا شفعة له

قوله (وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق) .

لكونه شريكاً في وقت شراء السابق يستحق الشفعة

قوله : (ويحتمل عدم المشاركة ؛ لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها) .

أي : لأن ملك المشتري الأول - وهو السابق حال شراء الثاني ، وهو اللاحق له - مستحق للشفيح فلا يكون سبباً في استحقاق المشتري لها . وليس بشيء ؛ لأن كونه ملكاً مستحقاً أحده بالشفعة لا يخرجه عن كونه شريكاً ، ومدار ثبوت الشفعة على الشركة .

قوله : (ولو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد) .

أحد .

ويحتمل مشاركة الأول الشميع في شفعة الثاني ، ومشاركة الشفيع الأول والثاني في شفعة الثالث ؛ لأنه كان ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث ، ولهذا يستحق لو عفا عنه ، فكذا إذا لم يعف لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو ، كما لو باع الشميع قبل علمه

أما دفعة واحدة أو على الترتيب ، لكن قبل أن يأخذ معه أحد منهم على القول بثبوتها للسابق اعتباراً شركته ، وذلك لخروجه عن كونه شريكاً قبل الأخذ بالشفعة فزال سب الاستحقاق فيزول ؛ لاستحالة بقاء المسبب مع زوال سببه .

قوله : (ويحتمل مشاركة الأول الشميع في شفعة الثاني ، ومشاركة الشفيع الأول والثاني في شفعة الثالث) ، لأنه كان ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث ، ولهذا يستحق لو عفا عنه ، فكذا إذا لم يعف ؛ لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو كما لو باع الشميع قبل علمه)

أي - ويحتمل فيما لو أخذ من الجميع قبل أخذ المستحق إن قلنا بالاستحقاق بقاء شفعته^(١) ، وإن أخذ منه بالشفعة فيشترك الشميع والمشتري الأول في شفعة الثاني ؛ لأنهما شريكان في وقت شراء الثاني ، ويشترك الشفيع والمشتري الأول والثاني في شفعة الثالث . ووجه هذا الاحتمال - أن الشقص كان ملكاً صحيحاً للأول حال شراء الثاني ، وله وللثاني حال شراء الثالث فيستحق به ، فإنه يستحق لو عفا عنه ، فكذا إذا لم يعف ، لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو والملك تحقق في الموضوعين . ومثله ما لو باع الشفيع حصته قبل علمه بالشفعة ، فإن فيه وجهين سيأتيان إن شاء الله تعالى .

ويضعف بأن الاستحقاق وإن كان بالملك إلا أن العفو عنه ، وعدم أخذ الشقص من يده بالشفعة قرره وأكد سببه ، وعدم العفو عنه والأخذ منه أزال سببه

(١) في «ق» : بالاستحقاق شفعة .

فحيثئذ للشفيع سدس الأول وثلاثة أرباع سدس الثاني وثلاثة أخماس الثالث ، وللأول ربع سدس الثاني وخمس الثالث ، وللثاني خمس الثالث فتصح من مائة وعشرين : للشفيع مائة وسبعة ، وللأول تسعة ، وللثاني أربعة ،

فلا يتويان . ثم إن فرض الاستحقاق في هذه المواضع مشروط بعدم منافاة الفور على القول بالعورية .

قوله : (فحيثئذ للشفيع سدس الأول وثلاثة أرباع سدس الثاني وثلاثة أخماس الثالث) .

أي : فعين إذا قلنا بالشوت لكل من المشتري الأول والثاني وإن أخذ منهم للشفيع سدس الأول أي : سهمه الذي اشتراه ، أعني : ثلث النصف وهو سدس الأصل وثلاثة أرباع سدس الثاني ؛ لأن شريكه فيه الأول وسهمه سدس ، وسهم الشفيع نصف فتكون سهامهما أربعة ، فإذا ورع على السهام كان قسط الشفيع ثلاثة أرباع ، وكذا ثلاثة أخماس سهم الثالث ؛ لأن له شريكين الأول والثاني ولكل منهما سدس إذا جمعا إلى ماله وهو النصف كانت السهام خمسة فنصيبه بالتوزيع ثلاثة أخماس

قوله : (وللأول ربع سدس الثاني وخمس الثالث وللثاني خمس الثالث فيصح من مائة وعشرين للشفيع مائة وسبعة وللأول تسعة وللثاني أربعة) .

إنما كان للأول ربع سدس الثاني وخمس الثالث ؛ لأن شريكه في الأول هو الشفيع واستحق ثلاثة أرباع ، وفي الثاني شريكه الشفيع والثالث وللشفيع ثلاثة أخماس ولآخر خمس وله خمس الثالث ، وإنما كانت من مائة وعشرين ؛ لأن مخرج السهام المبيعة ستة وقد انكسر السدس تارة في مخرج الربع وتارة في مخرج الخمس ، وهما متبايان ومضروبهما - وهو عشرون في ستة - مائة وعشرون ، للشفيع ستون بالشركة ، وعشرون سدس الأول ، وخمسة عشر ثلاثة

وعلى الآخر للأول نصف سدس الثاني وثلث الثالث ، وللثاني ثلث الثالث فتصح من ستة وثلاثين . للشفيع تسعة وعشرون ، وللأول خمسة ، وللثاني اثنان .

هـ : لو باع أحد الأربعة وعفا حر فدلّاخرين أحد المبيع .

ولو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ، ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع ،

أرباع سدس الثاني واثنان عشر ثلاثة احماس سبني الثالث ، وذلك ما ذكره ومنه يعلم الباقي .

قوله : (وعلى الآخر للأول نصف سدس الثاني وثلث الثالث ، وللثاني ثلث الثالث فتصح من ستة وثلاثين ، للشفيع تسعة وعشرون ، وللأول خمسة ، وللثاني اثنان) .

أي : على القول الآخر : وهو أن الشفعة مع الكثرة على عدد الرؤوس للشفيع نصف سدس الثاني مع سدس الأول جميعه وثلث سدس الثالث ، وللأول والثاني ما ذكره فتصح من ستة وثلاثين ، لأن الأصل ستة وقد انكسر السدس تارة في مخرج النصف وتارة في مخرج الثلث وهما متباينان ، ومضروبهما ستة ، ومضروبها في الأصل ستة وثلاثون ، للشفيع بالشركة ثمانية عشر ، وبالشفعة ستة وثلاثة واثنان ، وذلك ما ذكره ، والباقي ظاهر

قوله : (لو باع أحد الأربعة وعفا آخر فدلّاخرين أحد المبيع)

أي : بالشفعة لانهصار الشفعة فيهما

قوله : (ولو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع)

إنما قيد بعدم علم بعضهم بعض : لأن من باع ملكه بعد علمه

وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الأول واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان .

وفي استحقاق مشتري الربع الأول فيما باعه الثاني والثالث ، واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه : الاستحقاق ؛ لأنهما مالكان حال البيع ، وعدمه ؛ لترزّل الملك ، وثبوته للمعفو عنه خاصة ، فإن أوجبناه للجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع ؛ لأن له شريكين فصار له الربع مضموماً إلى ملكه فأكمل له النصف ،

باستحقاقه الشفعة تسقط شفعته ؛ وأما الرابع فعدم علمه غير شرط ، نعم بشرط أن لا يكون له مسقط آخر من مضافة الفور ونحوه فإنه قد يعدم بالحال ، ولا ينافي عدم أخذه الفورية لعدمه ونحوه .

قوله : (وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الأول ، واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان) .

هما الوجهان فيمن باع حقه من الشركة وقد استحق الشفعة وهو لا يعدم ، ولا ريب أن الأول لا حق له ؛ لأنه باع ملكه قبل الجميع وقد كان شريك الشفعين حينئذ الثاني والثالث ، وفي وقت بيع الثاني كان شريك الشفعين الثالث خاصة

قوله : (وفي استحقاق مشتري الربع الأول فيما باعه الثاني والثالث ، واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه : الاستحقاق ؛ لأنهما مالكان حال البيع ، وعدمه ؛ لترزّل الملك ، وثبوته للمعفو عنه خاصة)

إنما كان ترزّل لملك ماعاً لكونه بمعرض الزوال لكون أخذه مستحقاً بالشفعة ، وفي الوجه الثالث قوة فإن الشركة حال البيع ثابتة فيستحق بها الشفعة ، ولا يضر ترزّل الملك لكن روالها قبل الأخذ موجب لسطان الاستحقاق .

قوله : (فإن أوجبناه للجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع ، لأن له شريكين فصار له الربع مضموماً إلى ملكه فيكمل له النصف) .

وللبائع الثالث والمشتري الأول الثلث لكن منهما سدس ؛ لأنه شريك في شفعة مبيعين ، وللبائع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل منهما نصفه ؛ لأنه شريك في شفعة بيع واحد ،

أي : فإن أوجبا الاستحقاق لشريكين الآخرين وهما الساع الثاني والثالث والمشتريين الأول والثاني وهم مراده بالجميع ؛ لأن الساع الأول والمشتري الثالث لا يتصور لهم الشفعة ها ؛ خروج الأول عن الشركة قبل حدوث بيع وتأخر تملك الثاني عن البيع كلها ، فللذي لم يبع وهو الشفع الأصلي ثلث كل ربع ؛ لأنه في كل مرتبة من مراتب البيع كان له شريكان ، ففي المرتبة الأولى شريكه الساع الثاني والثالث ، وفي المرتبة الثانية شريكه المشتري الأول والساع الثالث ، وفي الثالثة شريكه المشتري الأول والثاني ، والفرص أن سهم كل منهم ربع فيستوي في الاستحقاق ؛ فإذا صم ثلث كل ربع في المراتب الثلاث والثالث للشفيع إلى مكة وهو لربع كامل له النصف . قوله (وللبائع الثالث والمشتري الأول الثلث لكل منهما سدس ؛ لأنه شريك في شفعة مبيعين) .

ودلت لأن الثالث شريك حين البيع الأول والثاني فتكون له شفعة فيهما ، والمشتري الأول شريك حين البيع الثاني والثالث فصيب كل منهما ثلث كل من الربيعين ، وثلث الربع نصف سدس الأصل فثلثاه سدس فيكون لهما ثلث الأصل .

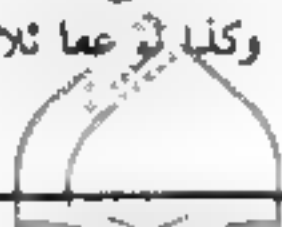
قوله : (وللبائع الثاني والمشتري الثاني سدس ، لكل منهما نصفه ؛ لأنه شريك في شفعة بيع واحد) .

لأن البائع الثاني إنما كان شريكاً في وقت بيع الأول خاصة ، والمشتري الثاني إنما كان شريكاً في وقت بيع الثالث ، فصيب كل واحد منهما ثلث ربع وهو نصف سدس فيكون لهما سدس الأصل

ويصح من اثني عشر .

و : لو كان الشفعاء الأربعة غيباً فحضر أحدهم أحد الجميع وسلم كل الثمن أو ترك ، فإن حضر آخر أخذ من الأول النصف أو ترك ، فإن حضر الثالث أحد الثلث أو ترك ، فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك

ولو قيل : إن الأول يأخذ الجميع أو يترك ، أما الثاني فله أخذ حقه خاصة ؛ لأن المفسدة - وهي تبعض الصفقة على المشتري - منتفية هنا أو أخذ النصف كان وجهاً ، فإن امتنع الحاصر أو عفا لم تبطل الشفعة ، وكان للغائبين أخذ الجميع ، وكلنا لو عفا ثلاثة أو امتنعوا فللرابع الجميع إن شاء .



قوله : (فتصح من اثني عشر)

لأنها مخرج نصف السدس ، وهو أدنى كسر في المسألة .

قوله (لو كان الشفعاء الأربعة غيباً فحضر أحدهم أحد الجميع وسلم كل الثمن أو ترك ، فإن حضر آخر أحد من الأول النصف أو ترك ، فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك ، فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك) .

وجه هذا أن كل واحد منهم عند المطالبة هو الشفع مع من أخذ من شركائه ؛ لعدم العلم بأخذ الغائب لا مكان همزه ، فليس له أن يأخذ بعض استحقاقه ؛ لأن الشفعة مبنية على القهر فيقتصر فيها على موضع الوفاق ، وتأخير الشفع الآخرين أخذ الحصاة باعتبار أخذ الغائب وعدمه لم يدل عليه دليل فينتفي ، وفي هذا قوة ، فلا يكون ما جعله المصنف وجهاً أوجه .

قوله : (ولو قيل : إن الأول يأخذ الجميع أو يترك ، أما الثاني فله أخذ حقه خاصة - لأن المفسدة وهو تبعض الصفقة على المشتري منتفية هنا - أو أخذ النصف كان وجهاً) .

ولو حضر الثاني بعد أحد الأول فأخذ الصف وقاسم ، ثم حضر الآخر وطالب فسخت القسمة ، ولو رده الأول يعيب فللثاني أخذ الجميع ؛ لأن الرد كالعفو .

ويحتمل سقوط حقه من المردود ؛ لأن الأول لم يعف بل رد بالعيب ، فكان لو رجع إلى المشتري بيع أو هبة ،

(أخذ الصف) معطوف على (أحد حقه) وما بينهما مترص ، ولقائل أن يقول : إن تعيص الصفقة على المشتري من حيث عدم العلم بأن الغائبين يأخذون أم لا ، ولروم تجرئة الثمن (على) ^(١) تقدير أحدهم لا شبهة في أنه محذور ومانع ، إلا أن مثله آت في (حق الشفع) لعدم العلم بأخذ الغائب ، فكانت الشفعة محصورة فمن حصر وطالب ، وكما أن ثبوتها قهري فكذلك تقسيطها إما على عدد الرؤوس أو السهام قهري فلا احتيار للمحاصر

قوله (ولو حضر الثاني بعد أحد الأول فأخذ الصف وقاسم ، ثم حصر الآخر وطالب فسخت القسمة) .

لأن حقه شائع في المأخوذ لكل منهما

قوله (ولو رده الأول يعيب فللثاني أخذ الجميع ، لأن الرد كالعفو) .

هذا هو المعتمد على القول ، لأن الرد بالعيب فسخ للأحد لا إشاء سبب للملك جديد ، فيكون مقتضياً لاسقاط حقه من الشفعة

قوله : (ويحتمل سقوط حقه من المردود ؛ لأن الأول لم يعف بل رد بالعيب ، فكان لو رجع إلى المشتري بيع أو هبة) .

لا شبهة في ضعف هذا ؛ لأن الأول وإن لم يعف إلا أن الرد بالعيب

(١) في السختين الخطتين العقود، وما أثبتناه من الحجرية، وهو الصحيح .

ولو استغلها الحاضر ثم حضر لثاني شاركه في الشقص دون العلة .

ولو قال الحاضر لا أحد حتى يحضر العائث لم تبطل شفيعته على اشكال ، وإذا دفع الحاضر الثمن فحضر العائث دفع إليه النصف ، فإن خرج المبيع مستحقاً فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الأول ؛ لأنه كالنائب .

اقتضى سقوط حقه من الشفعة فحرى محرى العفو^(١) . وأيضاً فالرد بالعيب مسخ للأحد قطعاً لا إنشاء سبب جديد للملك ، فكيف ساوى العود إلى المشتري بالبيع والهبة ؟

قوله (ولو استعملها الحاضر ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون العلة) .

المراد (استغلها) . أنه أحد عتقها وإياها ثم بشاركه في العلة ؛ لأنها بماء ملك المستعمل ، والملك يتحدد لمن حصر بعد أخذه

قوله : (ولو قال الحاضر لا أحد حتى يحضر العائث لم تبطل شفيعته على اشكال) .

ينشأ من أنه ترك الأحدهما باختياره فتبطل شفيعته ، ومن أن التأخير لعذر وهو خوف قنوم العائث فيترعه منه ويشكل بالتردد في كون ذلك عدراً ، فإن ضرره لا يدفع بضرر المشتري ، ولأن الشفعة مبنية على القهر فيقتصر فيها على موضع اليقين ، ويبغي الطلآن بالتأخير لذلك

قوله : (وإذا دفع الحاضر الثمن فحضر العائث دفع إليه النصف ، فإن خرج المبيع مستحقاً فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الأول ؛ لأنه كالنائب) .

ز : لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع ، ثم قدم أحد الغائبين وسوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ لثالث ، فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده ، فيضيفه الى ما في يد الأول ويقسمانه نصفين.

إنما كان كالتائب لأنه قبل أحده من المشتري كانت الشفعة مستحقة للجميع على المشتري والدرك عليه ، فأخذ الشفع لم يُعير هذا الحكم لقاء الاستحقاق ، وينبغي أن يكون هذا الحكم فيما عدا الثمن وهو ما يعرّفه من أجرة ونقص ونحوهما ، أما الثمن فيسترد كل ما سُمِّه من سلمه إليه كما به عليه في التذكرة ، وحكاها عن بعض العامة^(١) وهو جيد .

قوله : (لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع ثم قدم أحد الغائبين ، وسوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ لثالث) فإن حصر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه الى ما في يد الأول ويقسمانه نصفين) .

قد سبق أن لا نسوغ له ذلك لكن تعريفاً على ذلك ، وهذا أخذ الثالث وحصر الثالث فحقه في يديهما ؛ لأن حقه ثابت في كل جزء ، ولكل من الشفعين يد على العين بمقدار ما أخذ ، فحينئذ يكون أحده شيء من استحقاقه وشيء من استحقاق الثالث فيكون عافياً عن بعض حقه للأول ، ولذلك قال بعض الشافعية تبطل شفيعته^(٢) ؛ لأنه لما عفا عن بعض حقه وجب أن يبطل جميع حقه ، واحتمل في الدروس أن لا يأخذ لثالث من الثاني شيئاً ، بل يقسم ما في يد الأول بينه وبين الثالث نصفين ، فلا يكون أحده للثالث عمواً عن شيء من حقه وإنما أخذ كمال حقه^(٣) ولا يعد في ذلك إذ لم يأخذ شيئاً معيماً بل امراً

(١) انظر: فتح المرير مع المجموع ١١ . ٤٨٥ - ٤٨٦

(٢) فتح المرير ١١ : ٤٨٦

(٣) الدروس : ٣٩٥

فتصح من ثمانية عشر ؛ لأن لثالث أحد من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة ، وليس للسبعة نصف فنضرب اثنين في تسعة : للثاني أربعة ولكل من الباقيين سبعة ؛ لأن الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة ، والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك أحدهما شيئاً من حقه فيجمع ما معهما ويقسم بينهما .

كلياً وإلا لبطل حقه بالعموم عن البعض

إذا عرفت هذا فقول لمصنف : (وسوفاً له أخذ حقه خاصة أحد الثلث) لا يحري على ظاهره ؛ لأنه بناء على ما ذكره يأخذ قدر حقه وليس حقه ؛ لأن لثالث فيه حصة ويصدق هذا بأن نسبة حق الثالث الى ما في يد الآخرين على حد سواء ، فكيف يجعل حقه مما في يد أحدهما دون الآخر ، مع أن حقه شائع فلا سبيل الى ذلك حتى لو احدثا في العين حدثاً يستحق الشفيع المطالبة به طاليهما معاً ؟

قوله : (فتصح من ثمانية عشر ؛ لأن الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة ، وليس للسبعة نصف فنضرب اثنين في تسعة ، للثاني أربعة ، ولكل من الباقيين سبعة ، لأن الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة ، والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك أحدهما شيئاً من حقه فيجمع ما معهما ويقسم بينهما) .

أي : فتصح مسألتهم من ثمانية عشر بالنسبة الى الجزء المشفوع لا بالنسبة الى مجموع العقار ، وذلك لأن الثاني أخذ الثلث وذلك يستدعي كون الشقص ثلاثة ، والثالث يطلب من ثاني ثلث الثلث ومخرجه مضروب مخرج أحد الكسرين في الآخر ، أعني مضروب ثلاثة في ثلاثة وذلك تسعة ، فيبقى

ح : لو اشترى واحد من اثنين شقصاً فللشبيع أحد نصيب أحدهما دون الآخر وإن تعصت الصفقة على المشتري ، ولا خيار له

في يد الثاني سهمان مهما ، وفي يد الأول ستة ، وفي يد الثالث سهم ، فيضم ما في يد الثالث إلى ما في يد الأول ويقتسمه لاسنوائهما في الاستحقاق وذلك سبعة ، وليس لها نصف صحيح فأكسرت في مخرج النصف ، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر ، للثاني مهما أربعة ولكل من الباقيين سبعة

وإنما قضا : إن للثاني أربعة ولكل من الآخرين سبعة ؛ لأن الثاني كان يستحق أحد النصف وهو تسعة ، فترك سدساً وهو ثلاثة ، حقه منه ثلثاه وهو سهمان ، وأحد ستة حقه منها أربعة فيتوزع ثلث المتروك ، أعني التسع على شريكه في الشفعة وهو المتروك له ، والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ، ولم يترك أحدهما شيئاً من حقه فيجمع ما عندهما ويقسم بينهما

ولا يقال إن الأول يختص بالمتروك ؛ لأنه لا يملك لواحد ، بل إذا تركه المستحق استحقه الشركاء ، ف قوله (فيتوزع على شريكه) لا يراد به واحد من الشريكين ، بل الحسن بدليل قوله (والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ...)

قوله (لو اشترى واحد من اثنين شقصاً فللشبيع أحد نصيب أحدهما دون الآخر وإن تعصت الصفقة على المشتري) .

في الحقيقة لا تبعض ؛ لأن الصفقة تعدد بتعدد البائع وإن اتحد العقد والمشتري ، ففي العبارة تسامح .

قوله : (ولا خيار له) .

لما قلناه من تعدد الصفقة بحسب الواقع ، فلا يكون لأحد المعدين منافياً لما وقع عليه العقد الآخر .

ولو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض وقبله .

ولو وكل أحد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما .

قوله : (ولو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض وقبله) .

لتعدد الصفقة تعدد المشتري ، سواء كان ذلك بعد قبض المبيع أو قبله^(١) ، لتحقق انتقال الملك الموجب لثبوت الشفعة ، وفي حواشي شيخنا الشهيد : انه يمكن عدم إلحاق هذه بالكثرة ، لأن الاستحقاق غير مسوق بالكثرة فلا تكون مانعة ، فتحتمل الكثرة الماسة على الكثرة السابقة على العقد ، ويشكل بأن ظاهر قوله عليه السلام : « إذا صاروا ثلاثة فليس لواحد سهم شفعة »^(٢) .

قوله (ولو وكل أحد لثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما)

إذا باع الوكيل نصيبه ونصيب موكله لواحد كان ذلك بمنزلة بيعين فلا تكون الصفقة واحدة ، ثم انه ليس للوكيل ولا للموكل شفعة على الآخر ؛ لعدم الأولوية لأنهما بائعان فخرجا عن الشركة ، بل الشفعة للثالث وهو محير إن شاء أن يأخذ مجموع النصيبين وإن شاء أن يأخذ أحدهما ؛ نظراً الى تعدد البيع بتعدد البائع ، خلافاً لبعض الشافعية ؛ لأن العاقد واحد

واعلم ان في قوله ؛ (فالثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما) تسامحاً ؛ لأن الأخذ إنما يكون من المشتري لا من المائعين .

(١) في قوله ' قبله ' لتحقق . وفي م١ : أو قبله أو بعده لتحقق .

(٢) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٩ .

ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ، ثم علم الشفيع فله أخذ الأول والثاني واحدهما ، فإن أخذ الأول لم يشاركه الثاني ، وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع اخذ الجميع أو تركه خاصة .

قوله : (ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ، ثم الباقي لآخر ، ثم علم الشفيع فله أخذ الأول والثاني واحدهما ، فإن أخذ الأول لم يشاركه الثاني ، وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول) .

الفرق بين هذه وبين ما سبق في قوله (لو اشترى اثنان نصيب واحد) أن الظاهر أن الشراء في تلك معاً ، ولهذا لم يحتمل أن يكون للأول شفعة لو أخذ من الثاني ؛ وهذه الشراء مترتب بدلول العطف بـ (ثم) ، والحكم ظاهر فإنه في وقت شراء الأول لم يكن للثاني ملك فلا تتصور شفعته ، أما الأول فيحتمل أن تكون له شفعة ؛ لكونه شريكاً في وقت بيع الثاني ، سواء لم يأخذ منه أم أخذ فإن الاحتمال آت على كل واحد من التقديرين كما سبق ، وإن كان ظاهر ما هنا قد يؤدّن بحلافه ؛ لمههم قوله (وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول) .

قوله : (وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع أحد الجميع أو تركه خاصة) .

لأنه إذا أخذ الجميع لم يتكرر الشعاء فلم يتحقق الثاني ، بخلاف ما إذا أخذ البعض ، وفيه نظر من وجهين

أ : إنما يحییء هذا المحذور لو أخذ من الثاني ، أما إذا أخذ من الأول فقط فعلى قوله لا يتكرر الشعاء حينئذ ، رد لا يشاركه الثاني فيما أخذه قطعاً

ب - أنه لو أخذ الجميع فللأول الشفعة في نصيب الثاني على ما سبق من الاحتمال ؛ لأن الأول كان شريكاً ومستحقاً في وقت البيع للثاني ، فلا يزول

الفصل الثالث: في كيفية الأخذ :

يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كن في مدة الخيار على رأي ، وهو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ ،

استحقاقه بأخذ ملكه فلا يتم ما ذكره ، وأيضاً فإنه في وقت البيع للثاني كان المشتري الأول مالكا قطعاً ، فإن سئق الشفعة بملكه ثبت مع تعدد الشركاء أو الشفعاء ، وإن لم يستحق مع كونه شريكاً تحلف الأثر عن المؤثر ، نعم على القول بأن كون ملكه مشقوقاً يباي استحقاقه الشفعة لا اشكال

ثم أن ثبوت الشفعة هما على القول بالبيع مع الكثرة ، وإن لم تقل بالاحتمال واحد الجميع نظراً لأن قوله عليه السلام : « فادا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة »^(١) يقتضي طهره بقي الاستحقاق هما

قوله : (يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كان في مدة الخيار على رأي) .

لعموم دلائل الشفعة المتدولة له ، ولا يسقط الحبر فيكون الأخذ مراعى ، وإن فسح صاحب الخيار بطلت الشفعة وإلا تبين صحتها ، فعلى هذا ليس له انتزاع العين قبل مضي مدة الخيار لعدم تحقق ثبوت ملكه ، وهذا هو الأصح . وقد سبق تحقيق هذه مسألة ، والظاهر أن له أن يؤخر الأخذ إلى مضي مدة الخيار ، إذ لا يظهر للإخذ فائدة إلا بعد انقضائه

قوله : (وهو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ) .

لما لم يملك الشفيع انتزاع الشفص المشعوع إلا بعد تسليم الثمن - كما

ولفظاً كقوله : أخذته أو تملكته وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضى بالصبر ،

صرح به الأصحاب - لم يكن الانتزاع أخذاً بالشفعة مثمراً للملك قبل تسليم الثمن ؛ لأن الانتزاع مهبط عنه وممّوع منه حيث لا يكون ميباً في حصول الملك ، فعلى هذا لا يكون الأخذ فعلاً معتبراً إلا مع دفع الثمن أو رضى المشتري بالصبر ، فإذا دفعه وأخذ المشتري ملك الشقص ، وإلا خلى بينه وبينه أو رفع الأمر إلى الحاكم ليلزمه التسليم ، وفي التذكرة تنبيه عليه^(١) .

قوله : (ولفظاً كقوله : أخذته ، أو تملكته ، وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضى بالصبر) .

ويصح الأخذ لفظاً وإن لم يتسلم الشقص فيملكه إذا صح الأخذ ، ويصح بكل لفظ دل على ذلك مثل : أخذته ، وملكته ، واحترت الأخذ ، وبحوزة ذلك وإن لم يرص المشتري ، لكن لا بد من دفع الثمن أو رضاء المشتري بالصبر

قال في التذكرة - ولا يملك الشفيع بمجرد اللفظ ، بل يعتبر مع ذلك أحد أمور : أما تسليم العوض إلى المشتري فيمضي به إن تسلّمه ، وإلا خلى بينه وبينه ، أو رفع الأمر إلى الحاكم ليلزمه بالتسليم^(٢)

إذا تقرر هذا فاعلم أن اشتراط دفع الثمن في حصول الملك لا دليل عليه ، والأصل عدمه ، والشفعة في معنى المعاوضة إذ هي من توابع البيع ، ودفع أحد العوضين غير شرط في تملك الآخر ، ولأنه لو كان الدفع شرطاً لوجب أن يكون فورياً كالأخذ فتبطل الشفعة بدونه مع التمكن .

وامهال الشفيع ثلاثة أيام قد يدل على خلاف ذلك ، وليس في المصنوع ما يدل على الاشتراط المذكور ، والذي في رواية ابن مهزيار : لا إن كان معه

(١) التذكرة ١ . ٥٩٤

(٢) التذكرة ١ . ٥٩٤

بالمصر فينظر به ثلاثة أيام ، من اتاه بالمال وإلا فليع وبطلت شفעתه في الأرض،^(١)

وليس كلام الأصحاب صريحاً في اشتراط ذلك ، ثم قال في التذكرة بعد اوراق في حلال مسألة واداء بعه البيع فقال : قد احترت أحد الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد ، وعلم قدره ، ونظر الى الشقص ، أو وصف له وصفاً يرفع الجهالة صح الأخذ ، وإن لم يجر المشتري ولا حصر فقال أبو حنيفة لا يأخذ بالشفعة حتى يحصر الثمن ولا يقضي له القاضي بها حتى يحصر الثمن^(٢)

وقال محمد : إن القاضي يؤخره يومين أو ثلاثة ولا يأخذه إلا بحكم الحاكم أو رضى المشتري ؛ لأن الشفع يأخذ الشقص بعير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا بعه احصاء الثمن ، ولهذا لما كان المشتري يستحق^(٣) تسليم المبيع بعير اختيار الناع لم يكن له إلا بعد احصار الثمن^(٤)

وقد بينا أن الشفع يأخذ بالعوض فلا يشترط حضوره كالبيع ، والتسليم في الشفعة كالنسليم في البيع فإن الشفع لا يتسلم الشقص إلا بعد احصار الثمن ، وكون التملك بغير اختياره يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة بالبيع^(٥) .

قلت هذا تصريح بما ذكرته من أن ثبوت الملك بالأخذ باللفظ لا يتوقف على دفع الثمن ، وهذا قوي ، نعم يشترط العلم بالعوضين

(١) التهذيب ٧ ١٦٧ حديث ٧٣٩

(٢) الباب في شرح الكتاب ٢ : ١٠٧ .

(٣) في السختين المحظوتين ولهذا كان المشتري بما كان يستحق . . وما أئتمناه من النسخة الحجرية ، وهو الصواب

(٤) بدائع الصنائع ٥ : ٢٤

(٥) التذكرة ١ : ٥٩٦

ويشترط علم الشفيع بالثمن والعش معاً ، فلو جهل أحدهما لم يصح الأخذ وله المطالبة بالشفعة .

ولو قال : اخذته بمهما كان لم يصح مع الجهالة .

ويجب تسليم الثمن أولاً ، فلا يجب على المشتري الدفع قبله ، وليس للشفيع أخذ البعض بل الترك أو الجميع ،

قوله : (ويشترط علم الشفيع بالثمن ولعش معاً) .

أي : لصحة الأخذ ، فلا يصح لأخذ مع الجهالة للمغرر فإنها في معنى البيع ، إذ هي من نوابه

ولقائل أن يقول اشتراط العلم بالثمن مستدرك لأنه إذا اشترط للأخذ دفع الثمن اشترط العلم به لا محالة .

ويمكن الجواب بأن الأخذ مع العلم صحيح ولا يثمر الملك إلا بدفع الثمن ، بخلاف ما إذا كن جاهلاً فبوه يقع لغو .

قوله : (وله المطالبة بالشفعة) .

فلا يسقط حقه بذلك الأخذ الفاسد .

قوله : (ويجب تسليم الثمن أولاً ، فلا يجب على المشتري الدفع قبله) .

هذا أيضاً محل نظر ، لأن المعاوضة يجب فيها التسليم ، والتسليم دفعة واحدة كما سبق في البيع ، والأصل عدم وجوب التقديم في التسليم على واحد بخصوصه ، نعم إن تم له اشتراط تسليم الثمن في حصول الملك بالأخذ ثبت وجوب هذا .

قوله : (وليس للشفيع أخذ البعض بل الترك أو الجميع) .

لأنه ليس له تبعض الصفقة ، ولأن حقه في المجموع من حيث هو

فلو قال : أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعة .

ويجب الطلب على الفور ، فلو أخر مع امكانه بطلت شفعته على رأي

مجموع .

قوله : (فلو قل أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعة)

وجه القوة ان المأخوذ لا يستحقه ، لأنه إما يستحق المجموع فلا يؤثر أخذه إياه بالنسبة اليه ولا بالنسبة الى المجموع ، أما بالنسبة اليه فظاهر لعدم استحقاقه ، وأما بالنسبة الى الباقي فلأن الاقتصار على أحد البعض إن لم يدل على عدم أخذ البعض الآخر فلا يدل على أخذه فيحصل التراضي فيبطل الشفعة .

ويحتمل الصحة؛ لأن أخذ البعض يستلزم أخذ البعض الآخر لامتناع أخذه وحده ، وهو قول لبعض العامة^(١) ، وفيه نظر؛ لأن أخذ البعض إما يستلزم أخذ البعض الآخر اذا وقع صحيحاً ، ولم تثبت صحته من دون أخذ الباقي ، ولأنه ربما كان مريداً لأخذ البعض خاصة ، وذلك لا يصح ولا يستلزم أخذ الباقي ، والحاصل ان أخذ البعض لا يدل على أخذ الباقي بشيء من الدلالات الثلاث ، والأصح البطلان .

قوله : (ويجب الطلب على الفور ، فلو أخر مع امكانه بطلت شفعته على رأي) .

هذا مختار الشيخ^(٢) ، وجمع كثير من الأصحاب^(٣) اقتصاراً فيما يثبت على خلاف الأصل على موضع الوفاق ، ولدلالة رواية ابن مهزيار^(٤) المتضمنة

(١) انظر فتح الربيع المطبوع مع المجموع ١١ ٤٨٢

(٢) الخلاف ٢ : ١٠٦ مسألة ٤ كتاب الشفعة

(٣) مهم ابن حمره في الوسيلة ٢٩٩ ، والشهيد في البروس : ٣٨٨ .

(٤) التهذيب ٧ . ١٦٧ حديث ٧٣٩

وإن لم يفارق المجلس .

ولا تجب مخالفة العادة في المشي ولا قطع العبادة ولو كانت مندوبة ، ولا تقديمه على صلاة حصر وقتها .

بطلان الشفعة بعدم احضار الثمن في الثلاثة على ذلك إذ لو كانت على التراخي^(١) لم تبطل بعد الثلاثة بلا فصل

وقال السيد^(٢) ، وجماعة^(٣) . بأنها على التراخي^(٤) تمسكاً بما لا ينهض حجة ومعارضاً ، والأصح الأول الذي دل عليه كلامه في المختلف وغيره : أن الواجب على المور هو الأخذ صرح به في مسألة ما إذا كان الثمن مؤحلاً^(٥) وإن كان مقتضى كلامهم هناك أن الطلب واجب موزي ، فلم يرد به الأخذ لتضمنه الطلب .

قوله : (وإن لم يفارق المجلس) .

رد بذلك على أبي حنيفة فإنه يقول . إن التأخير بغير عذر لا يبطل الشفعة ما دام في المجلس^(٦) .

قوله : (ولا تجب مخالفة العادة في المشي ، ولا قطع العبادة وإن كانت مندوبة ، ولا تقديمه على صلاة حصر وقتها) .

لا ريب أن المراد بالمور تحكّم فيه العادة ؛ لأن العرف هو المرجع فيما ليس للشارع فيه حقيقة ، فحيث الأعداء المنع من السعي إلى الأخذ بالشفعة عادة تنقسم إلى قسمين : ما يتنظر زواله عن قرب مثل الاشتغال بصلاة واجبة ،

(١) في «ق» : التراخي .

(٢) الانحصار : ٢١٩ .

(٣) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه ٣٦١ ، وابن عرس في السرائر ٢٥٠

(٤) في «ق» : التراخي .

(٥) المحط : ٤٠٥ .

(٦) النظر : منابع الصنائع ٥ : ١٩ ، الباب ٢ . ١٠٧ ، فتح العزيز النطير مع المجموع ١١ : ٤٩١

ولو أهمل المسافر بعد علمه السعي ، أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت ، ولو عجز لم تسقط وإن لم يشهد على المطالبة ،

أو مندوبة ، ونحوها من أكل ، أو قضاء حاجة ، أو كونه في حمام فله الإتمام ولا يكلف القطع على خلاف العادة ، وكذا لو حصر وقت الأكل أو الصلاة أو قضاء الحاجة جاز له تقديمها رجوعاً في ذلك كله إلى العرف ، وبه صرح في التذكرة^(١) .

والظاهر أن من هذا شهود تشييع المؤتمر والحجارة ، وقضاء حاجة طالب الحاجة ، وعيادة مريض ، وما جرى هذا المجرى مما لم تجر العادة بالإعراض عنه ، وربما كان الأعراض عنه موحياً للطعمي ، والظاهر أن المجري عن التوكيل عند حصول أحد هذه الأمور غير شرط العلم بالسقوط بقصر الزمان ، وعدم ذلك في العادة منافياً للفور .

قوله (ولو أهمل المسافر - بعد علمه - السعي أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت)

هذا بعض صور القسم الثاني من الأعذار ، وهو ما لا يتطر رواله عن قرب كالمرض ، والحس ، والفية ، والاعتكاف ، وتمريض المريض ، فلو كان الشفيح مسافراً وعلم بالبيع ، فإن أهمل السعي والتوكيل معاً مع تمكنه من أحدهما بطلت شعته ، ولا يكون سفره عذراً مع تمكنه من التوكيل ؛ لطول المدة فيه وعدم المسامحة في مثله بحيث لا يباقي الفور عادة .

ولا يحفي أن قول المصنف . (لو أهمل السعي أو التوكيل) ليس بجيد ؛ لأن البطلان إنما يتحقق مع إهمالهما لا مع إهمال أحدهما ، وكذا القول في البواقي .

قوله : (ولو عجز لم يسقط وإن لم يشهد على المطالبة) .

ثم تجب المبادرة الى أحدهما في أول وقت الإمكان

وانتظار الصبح ، ودفع الجوع ونعطش بالأكل والشرب ، واغلاق الباب ، والخروج من الحمام ، والأذان والاقامة ، وسنن الصلاة ، وانتظار الجماعة أعذار ، إلا مع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الأشياء ،

أي . لو عجز عن الأمرين معاً لم تفسد شفעתه لعدم التقصير ، ولا يشترط الاشهاد على المطالبة لو تمكن منه خلاف لبعض العامة^(١) ، للاصل وعدم الدليل .

قوله . (ثم تجب المبادرة إلى أحدهما في أول وقت الامكان) .

أي . بعد روال غير الميسر وتمكنه من السعي أو التوكيل يجب عليه أحدهما ، فإن أمكنه السعي تحييراً بين التوكيل ، ولو تمكن من التوكيل فقط تعين ويجب ذلك في أول أوقات الامكان عادة فيراعي ما سبق ، ولو قصر التوكيل في الأحذ لم يكن تقصيراً من الموكل .

قوله : (وانتظار الصبح ، ودفع الجوع والعطش بالأكل والشرب ، واغلاق الباب ، والخروج من الحمام ، والأذان والاقامة ، وسنن الصلاة ، وانتظار الجماعة أعذار) .

هذا كله من قبيل القسم الأول من قسمي الأعذار ، وهو ما يتظر رواله عن قرب ، وقد سبق توجيهه .

قوله : (إلا مع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الأشياء) .

أي : إلا مع حضور المشتري عنده ، وعدم اشتغاله بالطلب فإن هذه

(١) انظر: كفاية الأحياء : ١٨٥

ويبدأ بالسلام والدعاء .

وإنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ، فإن كان مثلياً فعلى الشفيع مثله ، وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي ،

الأمر لا تعد أضراراً فتسقط شيعته ، وأعلم أنه على ما سبق في كلامه لا أثر لطلبه الشمعة ، إذ المعتبر هو الأحذ مع دفع الثمن ، إلا أن يحمل الطلب في عبارته على ذلك .

قوله : (ويبدأ بالسلام والدعاء) .

لعموم الأمر بالسلام^(١) ، وحرمان العادة به ، وكذلك الدعاء المتعارف مثله ، ولو ابتدأ بالطلب لكان نقصاً في حقه

فرهان : .

أ : لو جهل الشفيع استحقاق الشمعة فالظاهر بقاء حقه ، وعموم الدلائل^(٢) ، ولعدم تفصيله في الأحذ

ب . لو علم ثبوتها وجهل كونه على الفور فالظاهر السقوط ، لتحقق التقصير المأمي للعورية ولا أثر لجهله بذلك .

قوله : (وإنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ، فإن كان مثلياً فعلى الشفيع مثله ، وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي) .

لا ريب أنه يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد قليلاً كان أو كثيراً ، أي لمثله لعدم امكان الأخذ به غالباً ، فإن كان من ذوات الامثال لزمه مثله ، وإن كان من ذوات القيم فهل تشت الشمعة معه أم لا؟ قولان للأصحاب :

(١) الكافي ٢ : ٤٧١ حديث ١ - ٥ باب التسميم ، وانظر وسائل الشريعة ٨ : ٤٣٥ باب الإهداء بالسلام

(٢) الكافي ٥ : ٢٨٠ باب الشمعة ، التهذيب ٧ : ١٦٣ باب الشمعة .

أحدهما - وهو قول الشيخين^(١)، وجمع من لأصحاب^(٢) : - الثبوت؛
لعموم الأدلة الدالة على ثبوت الشفعة^(٣)، ولأن لقيمة بمنزلة العوض المدفوع .

والثاني - وهو القول الآخر لشيخ^(٤) وقول جماعة منهم المصنف في
المختلف^(٥) : - العدم اقتضاراً فيما ثبت على خلاف الأصل على محل التوافق ،
ولرواية ابن رثاب عن الصادق عليه السلام : في رجل اشترى داراً بريق ومناج
وير وجوهر قال : « ليس لأحد فيها شفعة »^(٦) ، وهي نص ولا يضر ضعف
إسنادها لانجبارها بغيرها من الدلائل ، ولحسنه هارون بن حمزة الغوي إلى أن
قال : « فهو أحق بها من غيره بالثمن »^(٧)

وإنما يتحقق ذلك في المثلي ، أو يقدر لمثل كقرب المحاربات الممكنة
هاتما ، والأصح عدم الثبوت ، لأن قسايه بأي قيمة يلزم ، قيمة يوم العقد أم
وقت الأحد أم الأعلى من وقت العقد إلى وقتته الأخذ صريح بالأول المصنف ،
وبالثالث ولده^(٨) ، والأصح الأول ، لأن وقت الاستحقاق حين العقد ، ولا ريب
أن الاستحقاق بالثمن والعين متعذرة فوجب الانتقال إلى القيمة ، فالاستحقاق
بالقيمة حينئذ - وهو مختار الدروس^(٩) ومختار ولد المصنف - ضعيف ؛ لأن
إلحاق هذا بالغاصب لا وجه له ، وكذا الأمر الثالث ؛ لسبق الاستحقاق في
الثمن على وقت الأخذ .

(١) المقنع ٤٩٦ ، المبسوط ٣ : ١٣١ .

(٢) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في العقد ٣٦١ ، وأبو إدريس في السرائر ٢٥٠ ،
والمحقق الحلبي في الشرائع ٢ : ٢٥٨ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٨ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٣٠ ، الاستبصار ٣ : ١١٦ حديث ٤١٣

(٤) الخلاف ٢ : ١٠٧ مسألة ٧ كتاب الشفعة

(٥) المختلف : ٤٠٤ .

(٦) المقنع ٣ : ٤٧ حديث ١١٤ ، التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤٠

(٧) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٥ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٨ .

(٨) إيضاح الفوائد ٢ : ٢١٠

(٩) الدروس : ٣٩٠ .

سواء كان مثل قيمة المشفوع أو لا ، ولا تلزمه الدلالة والوكالة وغيرها من المؤن .

ولو راد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة وإن كان في مدة الخيار على رأي .

ولا يسقط عنه ما يحطه البائع وإن كان في مدة الخيار ويسقط أرش العيب إن أخذه المشتري .

قوله : (سواء كان مثل قيمة المشفوع أم لا) .

أي : سواء كان الثمن الذي جرى عليه العقد هو ثمن المثل للمشفوع ، أي : مثل قيمته أم ناقصاً لعموم النص

قوله (ولا تلزمه الدلالة والوكالة وغيرها من المؤن)

مثل أجرة القاد ولوران وبحوهما ، إذ ليس من جملة الثمن وإن كانت من التوابع .

قوله : (ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة وإن كان في مدة الخيار على رأي ، ولا يسقط عنه ما يحطه البائع وإن كان في مدة الخيار) .

على رأي - المخالف في الموضعين - الشيخ ، فقال بلحق الزيادة وسقوط الحطيطة إذا كان ذلك في مدة الخيار؛ لأنه الثمن الذي استقر عليه العقد^(١) . وليس بجيد؛ لأن الثمن هو ما وقع عليه العقد ، والزيادة والحطيطة أمر جديد .

قوله : (ويسقط أرش العيب إن أخذه المشتري) .

أي : يسقط من الثمن؛ لأنه جرم منه ، فإذا أخذه المشتري كان الثمن هو

ولو كان الثمن مؤجلاً فللشفيع الأحذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن ملئاً ، وليس له الأخذ عند الأجل على رأي .

ما يبقى بعده ، وإن كان قد دفع الثمن استرد لأرش ، ولو لم يأخذه المشتري لم يكن له أرش ؛ لأن الثمن هو ما جرى عليه العقد

قوله : (ولو كان الثمن مؤجلاً فللشفيع الأحذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن ملئاً ، وليس له الأخذ عند الاحل على رأي) .

لما كان الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي جرى عليه العقد لم يكن له فيما اذا كان الثمن مؤجلاً إلا الأحذ به مؤجلاً وهذا قول الأكثر^(١) والأصح ؛ لأن تأخير الأحذ ينافي الفور فيبطل لو أخر وللاجل حط من الثمن ، ولو أخذ بغير اجل لم يكن الأخذ بالثمن

وللشيخ قول في الخلاف^(٢) **أَكْرَاهُ الْمَسْوَطُ^(٣)** انه ينخير بين أن يأخذ بجميع الثمن حالاً ، أو يصير الى انقضاء الأجل ثم يأخذ ، واحتج عليه بأن الدسم غير متساوية .

واجاب في المختلف بأن عدم تساوي الدسم لا يلزم منه ما ذكره ؛ لأمكان التخلص بالضمين^(٤) ومقتضى هذا الجواب انه متى طلب المشتري من الشفيع ضمناً أجبب اليه ، ومثله قال في التذكرة^(٥) ، ولدي صرحوا به إنما هو الزامه بكفيل لو لم يكن ملئاً ، ولو صرح أحد بما تشعر به عبارة المختلف لكان القول به وجهاً ، لكن قال في التذكرة : وعلى ما احتزنناه فإنما يأخذه بثمان مؤجل اذا كان ملئاً موثقاً به أو اذا أعطى كفلاً ملئاً وإلا لم يأخذه ؛ لأنه اضرار بالمشتري ،

(١) منهم الشيخ المعيد في المقنة ٩٦ ، والشيخ العوسي في الهابة ٤٢٥ ، وفهر المحققين في إلهام الفوائد ٢ : ٢١١

(٢) الخلاف ٢ : ١٠٧ مسألة ٩ كتاب الشفعة

(٣) المسوط ٣ : ١١٢ .

(٤) المختلف ٤٠٦ .

(٥) التذكرة ١ : ٥٩٦ .

ولو مات المشتري حلّ الثمن عليه دون الشفيع ، ولو باع شقصين مع شريكين لواحد صفقة فكل شريك أخذ شفيعته خاصة ، ولو اتحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما .

ولو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلاً ، أو لتوهمه جنساً فبان غيره ، أو كان محبوساً بحق هو عاجز عنه ، أو بباطل مطلقاً وعجز عن الوكالة ، أو أظهر له أن المبيع سهام قليلة فبانّت كثيرة ، أو بالعكس ، أو أنه

وما ذكره صحيح في موضعه خصوصاً من لا ديانة له .

قوله : (ولو مات المشتري حلّ الثمن عليه دون الشفيع) .

لأن الذي يحلّ ديونه هو الميت دون غيره ، فيبقى دين الشفيع للمشتري مؤجلاً ، ويحتمل حلوله على الشفيع ؛ لأن تأجيله مسبب عن تأجيل ما على المشتري ، وليس بشيء .

قوله : (ولو باع شقصين مع شريكين لواحد دفعة فلكل شريك أخذ شفيعته خاصة) .

لأن الشقص الآخر بالنسبة إليه غير مشفوع ، فكان كما لو ضم المشفوع إلى غير المشفوع .

قوله . (ولو اتحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما) .

لأن الشركة في كل واحد من الشقصين بسبب مغاير للشركة في الآخر ، فلا تكون الشركة فيهما واحدة ، ولا أثر لاتحاد الصفقة في ذلك ، فإن حقه من أحدهما غير شائع في حق الآخر من الآخر .

قوله : (ولو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلاً ، أو لتوهمه جنساً فبان غيره ، أو كان محبوساً بحق هو عاجز عنه ، أو بباطل مطلقاً وعجز عن الوكالة ، أو أظهر له أن المبيع سهام قليلة فبانّت كثيرة ، أو بالعكس ، أو أنه

اشتراه لنفسه فبان لغيره ، أو بالعكس ، أو أنه اشتراه لشخص فبان لآخر ، أو أنه اشترى الكل ضمن فبان أنه اشترى نصه بنصفه ، أو بالعكس ، أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه مع غيره ، أو بالعكس لم تبطل شفעתه .

اشتراه لنفسه فبان لغيره ، أو بالعكس ، أو أنه اشتراه لشخص فبان لآخر ، أو أنه اشترى الكل ضمن فبان أنه اشترى نصه بنصفه ، أو بالعكس ، أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه مع غيره ، أو بالعكس لم تبطل شفעתه (.

المرجع في هذه المسائل كلها الذي يكون متأخراً في طلب الشمعة لعدم أو للجهاالة ، بخصوص البيع الذي هو متعلق الشمعة ، حيث يكون تعلق العرص به امرأ مقصوداً ، فلو ترك الشمعة كتوهمه كثرة الشمس ، لوجود اشارة توهم ذلك فبان قليلاً فالشمعة باقية ؛ لأن قلة الشمس مقصودة في المعاوضة ، فربما كان الترك مستنداً الى اعتقاد الكثرة

وكذا لو اعتقله دنابر فظهر دراهم فترك أو بالعكس فالشمعة بحالها ؛ لأن الغرض قد يتعلق بجنس دون آخر ، لسهولة حصوله بالسنة اليه وبحو ذلك

وكذا لو كان محبوساً بحق هو عاجز عنه ؛ لأنه معدور في ترك السعي ، بخلاف ما لو كان قادراً على أداء الحق الذي حسن لأجله ؛ لأن التأخير من قبله ، إذ يجب عليه دفع الحق ليخلص من الحبس ، أو كان الحبس بسبب باطل كطلب ما ليس عليه في نفس الأمر وإن كان في ظاهر الحال ثائقاً ، سواء كان قادراً عليه أم لا ، وسواء كان قليلاً أم كثيراً فإنه معدور ، إذ لا يجب عليه دفع ما ليس عليه ، لكن بشرط عجزه عن توكئة ليكون الحبس في الموضعين المذكورين عذراً ، فإن قصر في التوكئة فلا شمعة له ، ولو وكل مع حبسه بحق هو قادر عليه فالشمعة بحالها إذ لا تقصير .

ولو أظهر له أنه اشتراه بثمان فبان أنه اشتراه بأكثر ، أو أنه اشترى الكل بثمان فبان أنه اشترى به بعضه بطلت شفاعته .

فرع :

لو شهدت البيعة عليه بحق هو يدعي البراءة منه ، فحبس لامتناعه من ادائه فهل تطل شفاعته لوجوب الدفع عليه ليخلص ، أم لا لدعواه أنه محبوس بغير حق؟ في نفس الأمر يجب التأمل لذلك .

وكذا لو أظهر له مظهر أن المبيع قليل فظهر خلافه ، لأن الغرض قد يتعلق بالكثير وكذا عكسه .

وكذا لو أظهر شخص أنه اشترى الشخص لنفسه فبان أنه اشتراه لغيره فكذلك ؛ لأن الغرض قد يتعلق بالأخذ من شخص دون آخر ، ومثله العكس .

ولو أظهر له أنه اشترى الشخص وحده بالثمان فبان أنه اشتراه مع غيره فكذلك ؛ لأن الثمن حينئذ يكون أقل ، والغرض قد يتعلق بذلك . وبالحجملة فكل أمر لو ظهر له وقوع^(١) البيع عليه ، والغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فنتبين خلافه فالشبهة بحالها لا تبطل للعذر .

قوله : (ولو أظهر أنه اشتراه بثمان فبان أنه اشتراه بأكثر ، أو أنه اشترى الكل بثمان فبان أنه اشتراه ببعضه بطلت شفاعته) .

لأن عدم رغبته في المبيع بالثمان الأقل عبالأكثر أولى ؛ لأن مقتضى البيع المكايسة ، وكذا لو لم يرغب في الكل ثمن فلان لا يرغب في البعض بذلك الثمن أولى فلا شفعة له .

(١) في حق : أمر ظهر وقوع .

وتصرف المشتري قبل الأخذ صحيح ، فإن أحده الشفيع بطل ، فلو تصرف بما تجب به الشفعة تخير الشفيع في الأخذ بالأول أو الثاني ، فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين فإن أحد من الأول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين ولثاني على الأول بعشرين ؛ لأن الشقص يؤخذ من الثالث وقد انصَح عقده ، وكذا الثاني .

قوله : (وتصرف المشتري قبل الأخذ صحيح فإن أخذه الشفيع بطل ، فلو تصرف بما تجب به الشفعة تخير الشفيع في الأخذ بالأول أو الثاني) .

إنما كان تصرف المشتري صحيحاً ، لأنه ملك مستقل ، فإذا أخذ الشفيع بطل تصرف المشتري ؛ لسبق حقه ولا يخفى ، وتصرفه ينقسم إلى ما تجب به الشفعة - وهو البيع - وغيره ، فالأول إذا وقع تخير الشفيع في الأخذ بالبيع الأول والثاني ؛ لأن كلاهما سبب تام في ثبوت الشفعة فالتعيين إلى أحدهما

قوله (فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين ، فإن أحد من الأول دفع عشرة فيرجع الثالث على الثاني بثلاثين ، والثاني على الأول بعشرين ؛ لأن الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده ، وكذا الثاني) .

أي إذا ثبت تخير الشفيع في الأخذ كان تصرف المشتري موجباً للشفعة ، فلو باعه المشتري بعشرين وقد كان شتره عشرة - فالجار الأول في قوله : (بعشرة) متعلق بالمشتري ، والثاني في قوله (بعشرين) - فباعه المشتري الثاني بثلاثين فإن أحده الشفيع من الأول انصَح العقدان الآخران ، فيدفع الشفيع عشرة وهي الثمن الذي اشترى به المشتري الأول ، ثم يرجع كل من الثاني والثالث بما دفع ثماً ، فيرجع الثالث - بثلاثين - والثاني بالعشرين ؛ لأن الشقص ينتزع من الثالث وقد انصَح عقده فيرجع إلى ماله^(١) ، وكذا الثاني

ولو أخذ من الثاني صح الأول ودفع عشرين ، وبطل الثالث فيرجع بثلاثين .

ولو أخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين .

ولو وقفه المشتري ، أو جعله مسجداً ، أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كله ، والتمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة ،

انفسخ عقده .

قوله : (ولو أخذ من الثاني صح الأول ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلاثين ، ولو أخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين) .

لا ريب أنه إذا أخذ بالشفعة بالمعقد الثاني كان ذلك أمضاء للبيع الصادر من الأول وهو التصرف الأول فيصح ، وبطل البيع الصادر من الثاني وهو العقد الثالث ، فيرجع الثالث بما دفعه وهو ثلاثون ، ويدفع الشفيع إلى المشتري الثاني عشرين ، ولو أخذ بالبيع لثالث كان ذلك أمضاء للعقود كلها فيدفع ثلاثين وهو ظاهر .

قوله : (ولو وقفه المشتري ، أو جعله مسجداً ، أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كله والتمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة) .

هذا هو القسم الآخر من قسمي تصرف المشتري ، وهو ما تجب به الشفعة كوقف الشقص ، وجعله مسجداً ، وهته ، ونحو ذلك فللشفيع الأخذ بالشفعة وإبطال ذلك كله لسبق حقه ، لكن لا يقع هذا التصرف من أول الأمر باطلاً خلافاً لبعض الشافعية^(١) ، لأنه صدر من مالك تام المالك . وإن كان ملكه متزلزلاً كالمتهب حيث يكون للهوب الرجوع ، فإذا أخذ بالشفعة بطل الموقف والمسجدية ، لمضادتهما الأخذ بالشفعة

أما الهبة فإما أن تكون لازمة أو جائزة ، فإن كانت جائزة فللواهب أن يأخذ

(١) منهم ابن سريج ، انظر: فتح العرير المطبوع مع المجموع ١١ : ٤٦٧ .

والأفاشكال .

الضمن على ما ذكره المصنف ، ووجهه ان لو ثبت أن يرجع في أصل الهبة فله أن يرجع في ضمن الموهوب ، ومقتضى كلامه هذا انه لو لم يرجع لكان الضمن للمتهب ، ويشكل بأن هذا إنما يتم على تفسير أن يكون الأخذ بالشفعة غير مطلق للهبة ؛ لأن الأخذ إنما يكون بالبيع السابق ، ومتى كان الأخذ به امتنع الحكم بصحة التصرف الطاريء عليه ، ولهذا لو كان تصرف المشتري بالبيع حكماً بأنه إن أخذ بالبيع الأول بطل الثاني واسترد المشتري الثاني الضمن .

ثم انه كيف يتصور كون الأخذ من المشتري والدرك عليه مع بقاء الهبة وثبوت ملك المتهب ، وهذا كما يكون سابقاً لذكره في الهبة الجائزة فهو مناف لما ذكره من الاشكال في الهبة اللازمة كما لا يخفى .

لو قيل : ينسخ من أحد الجانبين وهو جانب الشفع خاصة دون الآخر دفعاً بما قلناه من افتصائه زوال الدرك عن المشتري ، وهو باطل ، ولأن النسخ نسبة فلا يعقل من أحد الجانبين .

وعليه مناقشة أخرى ، وهو انه على ما ذكر في الهبة الجائزة من أن له الرجوع بالضمن ؛ نظراً الى أن له أن يرجع في الأصل يجب أن لا يكون له الرجوع في الضمن في الهبة اللازمة ؛ لانقطاع حقه منها ، والحاصل أن الأخذ بالشفعة إما أن يقتضي ابطال الهبة فالضمن لروهب وجهاً واحداً ، وإلا فالضمن للمتهب مع اللزوم وجهاً وبدونه يتخير ، وهذا واضح ، وكلام التعرير^(١) يلوح منه ذلك .

قوله : (والأفاشكال) .

أي : وإن كانت الهبة لازمة كالهبة لدى الرحم ، والمعوضة ففي كون الضمن للواهب أو للمتهب اشكال يشأ من بطلان الهبة بالأخذ بالشفعة لسبق

فإن قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضاً ، وإلا تخير بينه وبين الثمن ، فإن تقايل المتبايعان أو رده بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد والدرك باق على المشتري ،

حق الشفيع ، ومن أمكان الجمع بين الحقين ، وحق الشفيع إنما هو في العين ، ولا شغل له بإبطال الهبة من رأس يأخذها وتبقى الهبة بحالها ، ويكون المراد من الإبطال : إبطال اختصاص المتهب بالعين لا إبطال أصل الهبة ، وليس بشيء ؛ لأن الشفيع إنما يأخذ بالبيع الأول من المشتري والدرك عليه والثمن حق له ، وهذه حقوق للشفيع ثابتة توافي بقاء الهبة ، وهذا الاشكال ضعيف جداً ، والأصح أن الهبة تظل في الموصعين ويرجع الأمر كما كان .

قوله : (فإن قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضاً ، وإلا تخير بينه وبين الثمن) .

أي : فإن قلنا يكون الثمن للواهب فإن كان المتهب قد دفع عوضاً للهبة فقد فات المعوض ف يرجع به ، وإن لم نقل بكونه للواهب بل قلنا انه للمتهب - إذ لا واسطة - تخير المتهب بينه - أي بين العوض - وبين الثمن بأن يفسح الهبة ويرجع بالعوض ؛ لقوات الموهوب الذي بدل العوض في مقابله ، أو يبيعها يأخذ الثمن ؛ لأنه حقه للروم الهبة من طرف الواهب ، وقد عرفت ضعف ذلك كله .

قوله : (فإن تقايل المتبايعان ، أو رده بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد ، والدرك باق على المشتري) .

إذا تقايل المتبايعان ، بعد ثبوت الشفعة كان للشفيع فسخ الإقالة ؛ لأن حقه سبق ، ومن جملة حقوقه أن يأخذ من المشتري وأن يكون الدرك عليه . وكذا لو رده المشتري لعيب كان للشفيع فسخ الرد بعين ما قلناه ، أما الارش فيأتي حكمه .

وقول المصنف : (والدرك باق على المشتري) يريد به في هذين

ولورضي بالشراء لم تكن له الشفعة بالإقالة .

ولو قلنا بالتحالف عند التحالف في قدر الثمن ، وفسخنا البيع به
فللشفيع أخذه بما حلف عليه الدائع لأخذه منه ها ،

الموصعين ؛ لأنه حق ثبت عليه للشفيع فلا يملك إبطاله .

واعلم ان شيخنا الشهيد قال في حواشيه : إن فسخ الإقالة والرد يفهم منه
امران : الأول . الفسخ مطلقاً ، أي بالنسبة إلى الجميع ، فتكون الإقالة
والرد نسبياً منسياً . الثاني : انه بالنسبة إلى شفيع خاصة ؛ لأنهما مالكان حال
التصرف فيترتب أثر تصرفهما عليه . قال وتظهر المائدة في السماء ، فعلى
الأول نماء الثمن بعد الإقالة والرد للبائع وبماء المبيع للمشتري ، وعلى الثاني
بالمعكس .

أقول إن الإقالة والرد يقتضيان الفسخ والفسخ لا يتحرراً ، فلما الصحة
مطلقاً ، أو البطلان مطلقاً ، فحيث كان حق شفيع سبق كان الوجه البطلان
مطلقاً

قوله : (ولورضي بالشراء لم تكن له الشفعة بالإقالة) .

لأن الإقالة فسخ عندما لا يبيع ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) ومثله ما لورضي
الشفيع ايضاً بالشراء ثم رده المشتري ببيع لا شفعة ، خلافاً له ايضاً^(٢) .

قوله : (ولو قلنا بالتحالف عند التحالف في قدر الثمن ، وفسخنا
البيع به فللشفيع أخذه بما حلف عليه الدائع لأخذه منه هنا) .

أي : إذا احتلف المتبايعان في قدر الثمن ، وقلنا بأنهما يتحالفان ويفسخ
البيع فحق الشفيع باق ؛ لبقه وتحقق ثبوته ، بما أخذه بما حلف عليه البائع لا بما
حلف عليه المشتري ؛ لأن الأخذ هنا من الدائع ودلت فرع فسخ البيع ، ولو

(١) اللباب في شرح الكتاب ٢ : ٣٢

(٢) اللباب في شرح الكتاب ٢ : ١٢١ .

والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه .

ولو كان في يد البائع كلف الأخذ منه أو الترك ، ولا يكلف المشتري القبض والتسليم ، ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري والدرك مع ذلك على المشتري .

حكماً بأحده بما حلف عليه المشتري لو حب المنع من الفسخ لانتفاء فائدته حيث .

ويشكل بثبوت ما حلف عليه البائع في حق الشفيع مع تكديبه ، والفسخ الواقع فرع التحالف ، وهو في حق المتأتمين خاصة دون الشفيع ؛ ولأن البائع إنما يحلف لنفي ما يدعيه المشتري لا لإثبات ما يدعيه هو فكيف يأخذ بما حلف عليه البائع ، إلا أن يقال : لما كان ذلك مقتضى الحلف ، لأنه إذا نفي ما يدعيه المشتري لزم ثبوت ما يدعيه هو ، لانفاقهما على نفي ما عدا ما اختلفا فيه ، نعم إذا قلنا : إن كلا منهما يحلف بيميناً جامعة للنفي والإثبات يدفع الإشكال

والمنتهى على القول بالتحالف بقاء الدعوى بين الشفيع والبائع فتكون كالدعوى بين الشفيع والمشتري ، وحيث كان المعتمد تقديم قول البائع وقول المشتري مع تلفها ، فإذا حلف البائع لقائها أخذ الشفيع بما ادعاه المشتري ؛ لأن أخذه منه فلا يستحق عليه الريادة التي يدعي كونها ظلماً ، نعم لو صدق الشفيع البائع وجب عليه دفع ما حلف عليه وإن لم تكن للمشتري المطالبة بالزيادة ؛ لاعتراضه بعدم استحقاقها .

قوله : (والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه) .

إنما يأخذ الشفيع من المشتري ؛ لأن استحقاقه عليه لانقطاع ملكية البائع بالبائع ، ودرك المبيع على المشتري لو ظهر استحقاقه لأخذه منه ، فيرجع عليه بالثمن وبما اغترمه على ما سبق تفصيله .

قوله : (ولو كان في يد البائع كلف الأخذ منه أو الترك ، ولا يكلف المشتري القبض والتسليم ، ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري ،

وليس للشفيع فسخ البيع والأخذ من البائع ، ولا تصح الإقالة بين الشفيع والبائع .

ولو انهدم ، أو تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة ، أو بغير فعله مطلقاً تخير الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك ،

والدرك مع ذلك على المشتري (

أي : لو كان المبيع وهو المشعور في يد البائع فليس للشفيع تكليف المشتري قبضه وتسليمه إليه ، بل للشفيع أخذ الأمرين . إما الأخذ منه ، أو الترك للأصل ؛ ولأن الشفيع حق الشفيع فحيث ما وجدته أخذ ؛ ولأن أحد الشفيع بمنزلة أحد المشتري ؛ لأنه استحق قص ذلك من جهته فلا حاجة إلى تكليفه أمراً لا يفوت بعدمه حق على الشفيع ؛ وللشافعية قول بأن له أن يكلفه ذلك ؛ لأن الشفيع بمنزلة المشتري من المشتري ، وفيه ضعف ، فإذا قبضه الشفيع من البائع كان ذلك كقبض المشتري ، والدرك على المشتري على كل حال .

قوله : (وليس للشفيع فسخ البيع ولأخذ من البائع ، ولا تصح الإقالة بين الشفيع والبائع) .

لأن حق الشفيع منحصر في الأخذ من المشتري ، ولا حق له في فسخ بيع المشتري ، والإقالة إنما تصح ممن صدر لعقد له .

قوله : (ولو انهدم ، أو تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة ، أو بغير فعله مطلقاً تخير الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك) .

إذا اشترى شقصاً من دار فامتنهم ، أو تعيب - من غير أن يتلف - بعضها بفعل المشتري أو بغير فعله ، قبل المطالبة بالشفعة أو بعدها فيها من أربع صور :

الأولى : أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبة الشفيع بالشفعة بأن

ينقضى الباء ، أو يشق الحدار ، أو يكرس الجدع مع سلامة الأعيان ، فإن الشفيع بالخيار بين الأحذ بكل ثمن وبين الترك ؛ لأن المشتري إما تصرف في ملكه تصرفاً يسوغ له شرعاً ، فلا يكون مضموناً عليه ، والفائت من المبيع لا يقابل بشيء من الثمن فلا يستحق الشفيع في مقابله شيئاً ، كما لو تعيب المبيع في يد البائع فإن المشتري بتخيره بين الفسخ وبين الأخذ بجميع الثمن عند بعض علمائنا . وفيه نظر ، فإن المشتري وإن تصرف في ملكه إلا أن حق الشفيع قد تعلق به ، فيكون ما فات منه محسوباً عليه ، كما يحسب عليه عيب المبيع ، ولا استبعاد في تضمين المالك ما يجي على ملكه إذا تعلق به حق الغير كالرهن إذا جى عليه الراهن . وقد سبق في كتاب البيع وحول الأرض على الساع إذا تعيب المبيع في يده ، فينبغي أن يكون هنا كذلك ، وقد سه كلام المصنف في التذكرة على ذلك^(١) .

الثانية والثالثة : أن يكون ذلك بغير فعل المشتري مطلقاً ، أي سواء طالب الشفيع بالشفعة أم لا ، فإنه لا شيء على المشتري بل يتحيز الشفيع بين الأحذ بمجموع الثمن والترك . وتقريبه مع ما سبق أن ذلك ليس بفعل المشتري وملكه غير مضمون عليه .

وجوابه مع النقص بما إذا تلف بعض المبيع ، والذي يقتضيه النظر ثبوت الأرض في صورتين أيضاً ، وكلام المصنف في التذكرة مطابق لذلك ، فإنه فرض المسألة فيما إذا تعيب الشقص من غير تلف شيء من العين ، من غير تقييد بكون ذلك بفعل المشتري وكونه بعد المطالبة وعدمه ، ثم حكى قول بعض الأصحاب بوجوب الأرض بمثل هذا التعيب في المبيع ولو كان في يد البائع ، ثم قال : فينبغي أن يكون هنا كذلك^(٢) ، وهذا متجه .

(١) التذكرة ١٤ : ٥٢٥ و ٥٩٧ .

(٢) التذكرة ١٤ . ٥٩٧ .

والأنقاص للشفيع وإن كانت منقولة

ولو كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي .

قوله : (والأنقاص للشفيع وإن كانت منقولة)

الأنقاص نفتح الهمزة ثم الون والقف بعدها والصاد المعجمة أحراً ، جمع نقض بكسر الون ، وهي الآلات التي يبقى من الساء بعد نقصه ، وإنما كانت للشفيع لأنها جزء المبيع ولا يضر كونها منقولة إلا إذا كانت مثبتة وقت البيع لسبق استحقاق الشفيع لها تبعاً كما سبق بيانه

قوله : (ولو كان بفعل المشتري بعد لمطالبة ضمن المشتري على رأي) .

هذه هي الصورة الرابعة ، وما أفتى به هو لمشهور لأن الشفيع استحق بالمطالبة أحد المبيع كاملاً وتعلق حقه به ، فذ نقص بفعل المشتري ضمنه له ، وهذا كما يدل على الضمان في هذه الصورة يدل على الضمان في باقي الصور ، لأن استحقاق الشفيع لم يثبت بالمطالبة بل بالبيع ، وإذا كان هذا مضموناً عليه للشفيع فلا فرق بين أن يكون ذلك بفعل المشتري أو بفعل غيره ، وقال الشيخ في ظاهر كلامه لا ضمان ؛ لأن الشفيع لا يملك بالمطالبة بل بالأخذ ، فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفاً صحيحاً فلا يضمنه لغيره^(١) ، وضعفه ظاهر ؛ لأنه وإن كان مملوكاً بمشتري لكن في وقت التصرف هو مستحق للشفيع

ثم انه ينبغي أن لا يكون المراد من الضمان ، غرم البذل ، بل سقوط حصته من الثمن ، ولا سبيل إلى أن يأخذ منه شمس كله في مقابلة ما بذل فيه بعض الثمن ؛ لأن ذلك ظلم محض ، وخروج عن مقتضى الشفعة ، وهو أخذ المبيع الذي جرى عليه العقد ، ودفع ثمنه الذي جرى عليه العقد ايضاً ، اللهم

أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري .

إلا إذا قلنا : إن التالف لا قسط له من الثمن فينتجه ما قاله الشيخ^(١) ، أو ضمان قيمة التالف كما يشعر به ظاهر قولهم ' ضمن المشتري ، لكن لا نقول به .
قوله (أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري) .

المراد : أنه إذا تلف بعض عین المبيع ، وهو ما يقابل بشيء من الثمن قطعاً كما لو تلف بعض العرصة بسيل وسحوه ، أو احترق سقف البيت على القول بأن الأبية كأحد العديين المبيعين وهو الأصح ، وقيل إنها كأطراف العبد وصعائه فلا يتقسط عليها الثمن فيكون من قبيل الاستهدام وقد سبق حكمه ، وقد حكى القولين المصنف في التذكرة^(٢) مرفعي الأصح في هذا الحكم فيه وفيما قبله أحد الشيعية له بحصة من الثمن على الأقرب ، لأن إيجاب دفع الثمن كاملاً في مقابل بعض المبيع يستدعي دفع أحد العوضين لا في مقابل العوض ، وذلك أكل مال بالباطل لا محالة .

وقال الشيخ في المسوط : إن نقص بفعل المشتري أخذ الباقي بالقيمة ، ولعله يريد الأخذ بحصة من الثمن ، ولا يكون ذلك إلا باعتار القيمة أو حيث يتطابق الثمن والقيمة^(٣) .

وقال في الخلاف : إن كان ذلك بأمر سماوي أخذ بجميع الثمن أو ترك ، وإن كان بفعل آدمي أخذ الباقي بالحصة^(٤) . وهو ضعيف ؛ لأن الثمن في مقابل المجموع فالأبعاض في مقابل الأبعاض ، ولا أثر للآفة في زوال هذه المقابلة .

(١) المسوط ٣ : ١١٦ .

(٢) التذكرة ١ : ٥٩٧ .

(٣) المسوط ٣ : ١١٦ .

(٤) الخلاف ٢ : ١٠٨ مسألة ١٣ كتاب النخعة .

ولو بنى المشتري أو غرس ، بأن كان الشفيع غائباً أو صغيراً ، أو طلب المشتري من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه ، وليس عليه طم الحفر .

ويحتمل وجوبه ؛ لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لتحلص ملكه .

والأصح الأخذ بالحصّة إن شاء ، ولم يفرّق أحدهما هنا - وهو ما إذا كان التالف بعض العين - بين كونه قبل المطالبة وبعدها ، والظاهر أن هذا الفرق في الأولى غير واضح .

قوله : (ولو بنى المشتري أو غرس بأن كان الشفيع غائباً ، أو صغيراً ، أو طلب المشتري من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه ، وليس عليه طم الحفر - ويحتمل وجوبه ؛ لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لتحلص ملكه) .

أي لو بنى المشتري أو غرس في اشقص المشعور ، وذلك بأن قسمه عن حق الشريك الذي هو الشفيع مع بقاء الشمعة ، ويتصور ذلك بأن يكون الشفيع غائباً أو صغيراً ونحو ذلك ، فيطلب المشتري من الحاكم القسمة فيقسم له فيبني ويغرس ، ثم يحضر الشفيع فيأخذ بالشمعة فللمشتري حينئذ قلع غرسه وبنائه ؛ لأنه ملكه ولم يكن ظالماً بفعله ، وليس عليه طم الحفر لما قلناه من أنه فعل ذلك بحق ؛ لأنه كان حينئذ مالكاً حائزاً التصرف وفي القلع مصلحة الشفيع ؛ لأن فيه تفريق الشقص . ويحتمل وجوبه ؛ لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لمصلحة المشتري ؛ لأن ذلك يتضمن تحريض ملك المشتري أيضاً من ملك الشفيع .

والتفصيل قوي بأن يقال : إن كان القلع بطلب الشفيع لم يجب الطم ؛ لأن طله القلع يتضمن الأذن في الحفر ، وليس هو كالمغاصب ؛ لأنه غير عاد بفعله ، وإن كان القلع من المشتري ابتداءً وجب ؛ لأن القلع قد حدث في

أما نقص الأرض الحاصل بالعرس والبناء فإنه غير مضمون ؛ لأنه لم يصادف ملك الشفيع ، وبأخذ الشفيع بكل الثمن أو يترك .

ولو امتنع المشتري من الإرالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرض على أشكال ، وبين بدل قيمة البناء والعرس إن رضي المشتري ومع عدمه نظر ، وبين النزول عن الشفعة

ملك غيره بفعله لمصلحته من غير إذن من الغير فيجب إصلاحه ، وهو خيرة المختلف^(١) وهل يملك الشفيع إحصار المشتري على القلع ؟ صرح به في التذكرة^(٢) ، ولو قيل به لم يكن بعيداً بعد بدل الأرض .

قوله . (أما نقص الأرض الحاصل بالعرس والبناء فإنه غير مضمون ؛ لأنه لم يصادف ملك الشفيع ، وبأخذ الشفيع بكل الثمن) .

لأن هذا النقص ليس له قسط من الثمن فلا يضمنه المشتري ، نعم لو كان ذلك بعد المطالبة أتجه القول بضمانه على ما سبق في مسألة الاستهدام ، والتعيب هذا إذا كان النقص بالعرس ، أما لو كان بالقلع فقد قال الشيخ وجماعة بعدم الصمان ؛ معللاً بأنه تصرف في ملك غيره^(٣) ، واحتار المصنف في المختلف وجوب الأرض إن كان ذلك باختيار المشتري ؛ لأن النقص حدث على ملك الغير بفعله لتخليص ملكه بضمه^(٤) ، وقولهم : إنه لم يصادف ملك الشفيع غير واضح ؛ لأن القلع صدق ملك الشفيع ، إذ الفرض أنه بعد الأخذ بالشفعة فلا يتم ما ذكروه ، وهذا أصح .

قوله (ولو امتنع المشتري من الإرالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرض على أشكال ، وبين بدل قيمة البناء والعرس إن رضي المشتري ومع عدمه نظر ، وبين النزول عن الشفعة) .

(١) المختلف . ٤٠٨ .

(٢) التذكرة ١٠٩٨ .

(٣) المبسوط . ١١٨ .

(٤) المختلف ٤٠٨ .

أي : إذا امتنع المشتري من قلع البناء والغرس تخير الشفيع بين ثلاثة أشياء :

أحدها : القلع ؛ لأن له تحليص ملكه من ملك غيره ، والظاهر أن هذا المحكم لا اشكال فيه ، والشارح العاضل قد إن الاشكال في العبارة في استحقاق القلع ووجوب الأرض^(١) ، والظاهر أنه وهم ؛ إذ لا يتصور وجوب ابقاء شغل ملك الشفيع بملك المشتري على الدوم بعد انقطاع حقه من الشقص ، إلا أن يتخير وجوب قبول الأجرة على الشفيع ؛ أو وجوب دفع القيمة عليه وإن لم يرض ، وبطلان هذا اظهر من أن يحتاج إلى التوضيح

إذا تقرر ذلك ، فإذا احتار الشفيع بالقلع فهل عليه دفع أرض بقص البناء والغرس الحاصل بالقلع ؛ فيه اشكال يشتر من أن البقص على ملك المشتري بفعل الشفيع لمصلحته يجب أن يكون مصموماً عليه ، فإن المشتري لم يكن عادياً بذلك الفعل ، فإذا أتلف شيئاً من مال لمشتري لمصلحته ضمه له ومن أن التفريط حصل بفعل المشتري ؛ لأنه عرس في أرض مستحقة للمير ، وهذا مختار المصنف في المختلف^(٢) والأول اختيار الشيخ^(٣) وهو أقوى ، فإن التصرف في الشقص مأدون فيه شرعاً ، فإن لمشتري مالك ملكاً تاماً ، وحواز الأخذ بالشفعة لا ينافي ذلك ، وليس هو بأحد من غرس المستعير فإنه في كل أن يجوز رجوع المعير ، فعلى هذا لا يجوز قبضه إلا مع بذل الأرض هذا أحد الأمور الثلاثة .

الثاني : بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري ، ولا بحث فيه ، أما إذا لم يرض فهل يملك أحذه بالقيمة ويجب على المشتري قبولها؟ فيه نظر ينشأ : من أنها معاوضة فيفتقر إلى رضي المتدويعين ، وإلا كان ذلك اكل مال

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ٢١٤ .

(٢) المختلف ٢٠٨ .

(٣) الخلاف ٢ : ١٠٩ مسألة ١٤ كتاب الشفعة

فإن اتفقا على بذل القيمة ، أو أوجبا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقاً للبقاء في الأرض ولا مقلوعاً ، لأنه إنما يملك قلعه مع الأرض ، بل إما أن تقوم الأرض وفيها الغرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع أو ما نقص منه إن اختار القلع ، أو يقوم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنع من قلعه .

بالباطل كما دل عليه قوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(١) ولقوله عليه السلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » ^(٢) ومن أن ذلك اقرب الى مصلحة كل منهما ؛ لأن فيه جمعاً بين الحظين ودفعاً للصيرور العظيم .^{اللازم} بطلان كل منهما بقلع البناء والغرس وهو مذهب أكثر الأصحاب والاول قوي . والثالث نزول الشفيع عن الشفعة ولا بحث فيه .

قوله : (فإن اتفقا على بذل القيمة ، أو أوجبا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقاً للبقاء في الأرض ولا مقلوعاً لأنه إنما يملك قلعه مع الأرض - بل إما أن تقوم الأرض وفيها الغرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع أو ما نقص منه إن اختار القلع ، أو يقوم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنع من قلعه) .

إذا اتفق كل من الشفيع والمشتري على بذل قيمة الغرس ، أو أوجبنا قبولها على المشتري إذا اختار الشفيع بذلها فلا بد من معرفة القيمة السوقية ، والمرجع فيها الى الصفات الثابتة للغرس ؛ لأنها مناط الرغبات ، فلا يقوم مستحقاً للبناء في الأرض إذ لا يستحق ذلك ، ولا مقلوعاً ؛ لأن الشفيع لا يملك القلع إلا بالأرض . وهذا رجوع من المصنف عن الاشكال السابق الى الجزم ،

(١) سورة النساء : ٢٩ .

(٢) سنن الدارقطني ٣ : ٢٦ حديث ٩٢٩١

بل الطريق الى ذلك : إما أن تقوم الأرض وفيها العرس ، ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفع ، أو يدفع ما نقص منه إن اختار القلع ، فيكون ذلك طريق معرفة الأرض على القول بوجوب بدله ، فيكون (ما نقص) معطوفاً على الضمير المصوب في قوله : (فيدفعه) ويجوز أن يكون معطوفاً على مفعول (تقوم) وهو الأرض ، والمعنى لا يختلف

وإما أن يقوم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنع من قلعه ، أي : يقوم منظوراً فيه الى هذين الوصفين ، فيقال : كم قيمة عرس يستحق الإبقاء في أرض الغير بالأجرة) ويستحق صاحب الأرض أخذه بالقيمة عند امتناع كل من مالكه ومالك الأرض من قمعه أو كل من الوصفين موجب لنقصان القيمة ، فإن ما لا يبقى إلا بالأجرة قيمته انقص من قيمة ما يبقى مجاباً ، وكذا ما يستحق أخذه بالقيمة قهراً

وهذا إنما يتأتى على القول بأن الشفع لا يحب عليه أرض (النقص)^(١) بالقلع ، أما على القول به فإنه لا يملك طلب لأجرة على الإبقاء ، لأن القلع لا يسوغ إلا مع ضمان الأرض فما دام لا بدله ولا بقاء واجب ، وكذا لا يتأتى إلا على القول باستحقاق الشفع لأحد بالقيمة وإن لم يرخص المشتري ، وضعفهما قد علم ، وقد نبه على ذلك في الدروس^(٢) ويرد على الأول أيضاً أنه قد يكون لضحية كل من الغرس والأرض الى الآخر ، اعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة ، وذلك بتمامه لا يستحقه المشتري فكيف يكون ما عدا قيمة الأرض خالية من مجموع القيمتين حقاً للمشتري ؟

والأوجه أن يقوم الغرس قائماً غير مستحق للقلع إلا بعد بدل الأرض ، وما ينقص عن هذه القيمة بالقلع أرضه ، أو تقوم لأرض وفيها العرس ثم يقوم كل

(١) لم ترد في (ق).

(٢) الدروس : ٣٩٢.

ولو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته
عن قلعه في آخر فله ذلك .

ولو غرس المشتري ، أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم
أخذ الشفيع فالحكم كذلك ،

منهما منفرداً^(١) ، فإن بقي من مجموع القيمتين بقية قسّم عليها على نسبة كل
من القيمتين ، وهذا اسلم من الجميع ، فلذا كانت قيمة المجموع مائة ،
والأرض أربعين ، والغرس خمسين تكون العشرة الزائدة باعتبار الاجتماع
مقسومة على تسعة ، للأرض أربعة أسياعها وللغرس خمسة أسياعها ، ثم انه لا
يخفى ما في العبارة من عدم الجزالة

واعلم ان قوله : (إذا امتنع من قلعه) ليس شرطاً للتقوم ، بل هو من
تمة الوصف اعني قوله : (أو لاخذه بالقيمة) في هذا الحال .

قوله : (ولو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت اسبق تقصر
قيمته عن قلعه في آخر فله ذلك) .

أي : لو اختلف الوقت في قيمة العرس فاختار الشفيع قلعه في الوقت
الذي تكون قيمته فيه قليلة ليحف لارش كان له ذلك ، إذا لا يجب عليه الإبقاء
الى أن يجيء الزمان الذي يكثر فيه قيمته قطعاً .

قوله : (ولو غرس المشتري ، أو بنى مع الشفيع أو وكيله في
المشاع ثم أخذ الشفيع فالحكم كذلك) .

أي . لو غرس المشتري أو بنى في الشقص المشفوع حال الاشاعة مع
الشفيع أو وكيله ، بحيث يكون عرس ولبائ بالاذن المعترف ، ويتصور ذلك بأن
يعتقد الشفيع أن لا شفعة له أو يتوهم كثرة الشس ثم يتبين الخلاف ، فإنه اذا
أخذ بالشفعة يكون الحكم في العرس والساء كالحكم فيهما اذا حصلت القسمة

(١) في نسخة . سواء

ولو زرع المشتري فللشفيع أحذه وعليه ابقاء الزرع الى أوان الحصاد مجاناً ، والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والأخذ للمشتري وإن كان نخلاً لم يؤثر على رأي ،

ثم غرس أو بنى في خاصته ثم أحذه الشفيع ، وقد سبق ذكر احكام ذلك مستوفى .

قوله : (ولو زرع المشتري فللشفيع أحذه وعليه ابقاء الزرع الى أوان الحصاد مجاناً) .

أي : لو كان تصرف المشتري في الشفيع المشفوع بعد القسمة الشرعية ، أو بالادن مع الاشاعة بالزرع ، فإنه إذا أخذ الشفيع يجب عليه ابقاء الزرع الى أوان حصاده مجاناً ، لأنه تصرف بحق وله أمد ينتظر فتكون مدته كالمنفعة المستوفاة للمشتري ، فإن منافع الشفيع قبل الأخذ بالشفعة مملوكة له ، ولا كذلك الغرس والبناء ؛ لأنه ليس لهم أمد ينتظر فيه القطع ، فلولا ثبوت حق القطع للشفيع لزم الضرر العظيم بدفع ثمن واستحقاق المنفعة للمير ، فيكون بمنزلة نفي ثبوت الشفعة وأبعد

فرع : لو أجر المشتري الى مدة فأخذ لشفيع فهل له فسخ الاجارة؟

قوله : (والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والأخذ للمشتري وإن كان نخلاً لم يؤثر على رأي) .

أي : النماء المنفصل الحاصل بين عقد البيع وبين أخذ الشفيع بالشفعة للمشتري ؛ لأنه نماء ملكه فإنه حيثئذ مالك بالاستقلال ، وتزول الملك لا ينافي ملك النماء وإن كان النماء ثمرة نخل لم يؤثر وقت الأخذ وإن كان المبيع نخلاً مع أرض لم يؤثر فإن ثمرته المتجددة بعد البيع للمشتري ، ولا يكون عدم تأبيرها موجباً لتبعيتها للشفيع في الشفعة فيأخذها الشفيع ، خلافاً للشفيع حيث حكم بذلك ؛ لكون الثمرة قبل التأبير تتبع الأصل في البيع وتجري مجرى الجزء

وعلى الشفيع التبقية الى وقت أخذه مجاناً ، أما المتصل فللشفيع .
ولو كان الطلع غير مؤثر وقت الشراء فهو للمشتري ، فإن أخذه
الشفيع بعد التأخير أخذ الأرض والنخل دون الثمرة بحصتهما من الثمن .

فيكون للمشتري^(١) ، وهو ضعيف ؛ لأن الحكم يثبت في البيع على خلاف
الأصل بالنصر^(٢) فإن الثمرة ليست جزءاً من الشجرة فالحاق الشفعة به في ذلك
قياس ، واحتراز (المصنف) عن المتصل ككبر الشجرة وزيادة اغصانها ،
فإن ذلك جزء حقيقة ، وسيأتي في قول المصنف : (لما المتصل فللشفيع) .

قوله : (وعلى الشفيع لتبقية الى وقت أخذه مجاناً)

لما سبق بيانه في الزرع .

قوله : (ولو كان الطلع غير مؤثر وقت الشراء فهو للمشتري ، فإن أخذه
الشفيع بعد التأخير أخذ الأرض والنخل دون الثمرة بحصتهما من الثمن) .

لا ريب ان الطلع اذا كان غير مؤثر وقت الشراء كان للمشتري ، فاذا أخذ
الشفيع المشفوع إما أن يأخذه بعد تأخير الطلع أو قبله ، فإن أخذه بعد التأخير
فالثمرة للمشتري قطعاً ، فيجب أن يسقط من الثمن حصة الطلع منه ؛ لأنه قد
ضم غير المشفوع الى المشفوع .

وطريق ذلك تقويم الجميع ثم تقويم الطلع ، ونسب قيمته الى قيمة
المجموع ، ثم يسقط من الثمن بهذه النسبة وإن كان الأخذ بالشفعة قبل
التأخير ، ولم يصرح المصنف بحكمه هنا ، وفي التذكرة قولي دخوله في الشفعة
كما دخل في المبيع فصار بمنزلة النخل في الأرض^(٣) ، وفيه نظراً لأن دخول
الطلع في المبيع على خلاف الأصل فلا يلحق به الأخذ بالشفعة ، ثم ان ثبوت

(١) المبسوط ٣ : ١١٨

(٢) الكافي ٥ : ١٧٦ حديث ١٠ ، التهذيب ٢ : ٩٨٩ حديث ٣٧٩ ، الاستبصار ٣ : ٩١ حديث ٣٩٠ .

(٣) التذكرة ١ : ٥٩٩ .

ولو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معيناً فالاستحقاق باق ، وإلا بطلت الشفعة ، ولا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقاً .

ولو ظهر عيب في الثمن المعين فرده البائع قلّم حق الشفيع ، فيطالب البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الرد ،

الشفعة على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما لا يعد^(١) متولاً .

قوله : (ولو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معيناً فالاستحقاق باق ، وإلا بطلت الشفعة) .

لأن الثمن يتعين بالتعيين ، فإذا ظهر استحقاقه تبين بطلان البيع فلا شفعة ، بخلاف ما لو لم يكن الثمن معيناً فإن المدفوع حيث لا يتعين كونه الثمن على تقدير الاستحقاق ، بل الثمن أمر كمي في الدعة .

قوله : (ولا يبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقاً) .

لأن الاستحقاق ثابت بالبيع ، وهو واضح ، لكن هل يكون تملكه باطلاً ؟ لم يصرح فيه بشيء ، وعلى ما ذكره من أن دفع الثمن شرط لحصول الملك بالأخذ يجب أن يكون تملكه باطلاً ، وعلى هذا يراعى في أخذه بعد ذلك الفور على ما سبق اختياره .

قوله : (ولو ظهر عيب في الثمن المعين فرده البائع قلّم حق الشفيع فيطالبه البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الرد) .

أي : لو ظهر عيب في الثمن المعين فسلّم رده ؛ لأن ذلك حق له فلا يسقط لكن لا يسقط حق الشفيع لأنه قد ثبت لكون البيع صحيحاً والفسخ طارئاً فلا يزول ، فحيث يطالب البائع المشتري بقيمة الشقص ؛ لأنه في حكم التالف . والظاهر أن الواجب قيمته حين الرد ؛ لأنه حين انفساخ البيع ، وإنما

(١) في دم : ما يعد .

وبالأرض إن حدث ، ولا يرجع على الشفيع إن كان أخذه بقيمة العوض الصحيح .

ولو عاد الى المشتري بهبة وشهها لم يملك رده على البائع ، ولو طلبه البائع لم تجب اجابته

يشت للبائع الرد اذا لم يحدث عنه في الثمن عيب يجمع الرد ، واذا رد وأخذ قيمة الشفيع فمن يكون الأحد في الحقيقة ، أمن البائع أم من المشتري والدرك عليه؟ والمسألة ذات اقسام :

الأول أن يكون العلم بالعيب ولرد بعد أحد الشفيع من المشتري .

الثاني : أن يكون كل منهما قبل أخذه .

الثالث أن يكون العلم قبل الأحد والرد بعده ، وعساة المصنف هنا مطلقة لكن سيأتي القسمان الأخيران كفي كلامه بعد ، فعمل مراده هنا هو الأول . واعلم أنه سيأتي في كلام المصنف في القسم الثاني ما يدل على أن الأحد من المشتري ، حيث رد البائع الثمن والشفيع في يد المشتري فيغرم قيمته وإن زادت عن قيمة الثمن .

قوله : (وبالأرض إن حدث ، ولا يرجع على الشفيع إن كان أخذه بقيمة العوض الصحيح) .

أي مطالب البائع بقيمة الشفيع إن لم يحدث الى آخره ، وبالأرض إن حدث لتعذر الرد حينئذ ، فلا يجوز أن يذهب عليه ما فات من الثمن بالعيب ، فإذا اغرم المشتري الأرض لم يرجع به على الشفيع إن كان قد أخذه بالثمن الصحيح بمثله صحيحاً إن كان مثلياً ، وإلا فقيمه إن كان قيمياً ، وإن لم يكن أخذه كذلك فله المطالبة بالمثل الصحيح أو بقيتي قيمة الصحيح .

قوله : (ولو عاد الى المشتري بهبة وشهها لم يملك رده على البائع ، ولو طلبه البائع لم تجب اجابته) .

ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت .

ولو كان في يد المشتري فرد البائع ثمن بالعيب لم يمنع الشفيع ؛ لسبق حقه ويأخذه بقيمة الثمن ، وللبائع قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة

أي : لو عاد الشقص بهية وبحوها لم يكن للمشتري رده والمطالبة بالقيمة ، ولا للبائع رد القيمة وأخذه ؛ لأن الزوج في ذلك الوقت هو دفع القيمة عوضاً وقد دفعها كذلك فملكها البائع ويرث دعة المشتري فليس لأحدهما ابطال ذلك

قوله : (ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت) .

أي لو نقصت قيمة الشقص : الذي استحق البائع أخذها عند رد الثمن المعيب لعيب فيه - عن قيمة الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت بين قيمة الشقص والثمن إذا كان قد دفعه ، ووجه لقرب أن الشفيع إما يستحقه بالثمن الذي جرى عليه العقد فلا يتعين حكمه بالرد بالعيب

وقال الشيخ : يرجع ، لأن العقد قد بطل ، فلم يُعتبر ما وقع عليه بل المعتبر ما استقر وجوبه على المشتري^(١) وهو ضعيف ؛ لأن بطلان العقد الطارئ لا يزيل ما ثبت ، لأن العقد لما وقع كان صحيحاً فلا يزول مقتضاه ، والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون الشفيع قد دفع الثمن أو لا ، فإن لم يكن قد دفع فالذي يقتضيه النظر وجوب دفعه ، وسيأتي ما يدل عليه عن قريب إن شاء الله تعالى ، والحكم في الدرك قد بيها عليه .

قوله : (ولو كان في يد المشتري فرد البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع ؛ لسبق حقه ويأخذه بقيمة الثمن ، وللبائع قيمة الشقص وإن زادت

الثلث ولا يرجع المشتري بالزيادة .

ويحتمل تقديم حق البائع ؛ لأن حقه استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع والشفعة تثبت بعده ، بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيباً ؛ لأن حقه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد .

عن قيمة الثمن ، ولا يرجع المشتري بالزيادة) .

أي : لو كان الشقص في وقت رد البائع الثمن بالعيب في يد المشتري لم يمنع الشفيع من الشفعة ؛ لسبق حقه على هذا الرد واستقراره وبأخذه بقيمة الثمن ، أي : بقدره سليماً أو بقيمة صحيحاً إن كان قيمياً ، فيعلم منه أخذه بالمثل صحيحاً إن كان مثلياً ، ثم يأخذ البائع من المشتري قيمة الشقص ، لا متاع أحد ثمن غير الأول وقد تعين في العقد وإن زادت قيمة الشقص عن قيمة الثمن أو الواجب له فهو الثمن إليهم ، ~~سلفاً فأت بالرد بالعيب فقيمة الشقص~~ حيث تعلل أخذه منه كالثمن بحق الشفيع ، ولا يرجع المشتري على الشفيع بزيادة قيمة الشقص على الثمن ؛ لأنه يستحق الأخذ منه بالثمن الذي جرى عليه العقد ، وفي هذا تنبيه على أن الشفيع إما يأخذ من المشتري .

قوله : (ويحتمل تقديم حق البائع ؛ لأنه حق استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع والشفعة تثبت بعده ، بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيباً ؛ لأن حقه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد) .

ظاهر كلام التذكرة يقتضي أن هذا الاحتمال إنما هو فيما إذا رد البائع الثمن ، والشقص في يد المشتري لم يأخذه الشفيع^(١) ، وكذا صنفه هنا حيث أورده بعد الشروع في هذا القسم ، لكن دليله يقتضي الاطراد في الأقسام كلها ، وتحقيقه : أن الذي سبق في القسم الثاني أيضاً تقديم حق الشفيع على

حق البائع .

ويحتمل تقديم حق البائع ؛ لأن حقه استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع ، والشفعة تثبت بعد البيع ؛ لأنها إنما تثبت بانتقال^(١) الملك الى المشتري فيكون حق البائع اسبق ، وهذا بخلاف حكم المشتري لو وحد المبيع معياً فإن حق الشفيع لا يبطل إذ لا ينافي حق المشتري ؛ لأن حق المشتري استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في إرد

وكان قوله : (بخلاف المشتري) محرى مجرى سؤال مقدر ، وهذا التوجيه إن تم يقتضي تقديم حق البائع في جميع الصور ، وفي اشكالان

الأول : أنا لا نسلم سبق حق البائع على حق الشفيع ؛ لأن استحقاق البائع رد الثمن بالعيب فرع دخوله في ملكه ، لأن ما كان ملك الغير لا يملك رده ، ودخوله في ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحاً وكلة وفي هذا الوقت تثبت الشفعة ؛ لأنها تكون مع انتقال المبيع الى المشتري ولا اسقية

ثم إن بقاء حق الشفيع بعد ثبوته يدل عليه وحوه :

الأول . عموم دلائل ثبوت الشفعة بمشريت .

الثاني : استصحاب الحال .

الثالث : اصالة عدم قدرة البائع على ابطال حقه

الرابع : ان فيه جمعاً بين الحقين ؛ لأن البائع يرجع الى قيمة الشقص ، بخلاف ما لو قدمنا حق البائع فإنه يقتضي سقوط حق الشفيع من الشقص أصلاً ورأساً عينا وقيمة ، إذ لا يتصور استحقاقه لقيمة .

الثاني : أنا لا نسلم انحصار فائدة المشتري اذا رد المبيع في استرجاع الثمن ، بل من فوائد السلامة من درك المبيع لو خرج مستحقاً ، فحيث

(١) في (م) : بعد انتقال .

أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع فإن له رد الثمن ، وليس له استرجاع المبيع ؛ لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي .

ولو تلف الثمن المعين قبل قبضه . فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته ، وإلا بطلت الشفعة على أشكال .

يستوي البائع والمشتري في تطرق الاحتمال الى تقديم حق كل منهما على حق الشفيع أو بالعكس ، والاحتمال ضعيف ، والأصح بقاء الشفعة .

قوله : (أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع فإن له رد الثمن ، وليس له استرجاع المبيع ؛ لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه ، كما لو باعه المشتري لأجنبي) .

هذا هو القسم الثالث وهو ما إذا علم البائع بالعيب قبل أخذ الشفيع ولم يرده حتى أخذ الشفيع ، وليست العبارة نصاً في هذا القسم ، لكن قوله . (أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيع) يشعر بعلمه بالعيب وعدم رده حتى أخذ الشفيع ؛ لأن المفهوم من قوله : (لم يرد) ترك الرد باختياره ، ولأنه لولا ذلك لكان ما ذكره هنا مستلزماً لسبق ذكره فإنه بعينه هو ما ذكره أولاً ، فإذا حمل هذا على العلم قبل الأخذ ونسب الرد الى أن أخذه ، والأول على ما إذا لم يعلم ولم يرد إلا بعد الأخذ انتهى الحلل ، ثم إن الحكم بعدم استرجاع البائع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه ، كما إذا باعه المشتري لأجنبي ، ثم ظهر العيب في الثمن المعين فإن البائع لا يملك إبطال ملك الأجنبي قطعاً فكذا في حق الشفيع ومثله ما لو قبض أحد المتبايعين وباع ، ثم تلفت العين الأخرى قبل القبض من البيع الثاني لا يبطل ، ويرجع صاحب العين المبيعة ثانياً بقيمتها .

قوله : (ولو تلف الثمن المعين قبل قبضه فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته ، وإلا بطلت الشفعة على أشكال) .

ولو ظهر العيب في الشقص : فإن كان المشتري والشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما ، وإن كانا جاهلين فرب رده الشفيع تخيير المشتري بين الرد والأرش ، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ ، وهل له الأرش ؟ قيل : لا ، لأنه استدرك ظلامته ورجع إليه جميع ثمنه فكان كالرد .

أي : لو تلف الثمن المعين قبل قبض النافع إياه فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص بالشفعة لم يبطل أحده ، ويرجع النافع على المشتري بقيمته ، أي : بقيمة الشقص على ما سبق في نظيره ، وإن كان التلف قبل أخذه^(١) بالشفعة بطلت الشفعة على اشكال يشأ من بطلان^(٢) البيع بتلف الثمن المعين والشفعة تابعة له ، ومن سبق استحقاق الشفيع الشفعة على التلف المقتضي للفسخ والأصل بقاءه ، ولا يلزم من عروص الفسخ بعد صحة البيع وثبوت الشفعة بطلان ما قد ثبت ، فيرجع النافع إلى قيمة الشقص كالأول ، وقال الشيخ ببطلان الشفعة مطلقا^(٣) .

قوله . (ولو ظهر العيب في الشقص فإن كان المشتري والشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما) .

إذا ظهر عيب في الشقص بعد الأخذ بالشفعة فلا يخلو أما أن يكون المشتري والشفيع عالمين به وقت البيع ، أو جاهلين ، أو المشتري عالما خاصة ، أو بالعكس فالأقسام أربعة ، ففي الأول لا خيار لأحدهما ولا أرش وهو ظاهر

قوله : (وإن كانا جاهلين ، فإن رده الشفيع تخيير المشتري بين الرد والأرش ، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ ، وهل له الأرش ؟ قيل : لا ، لأنه استدرك ظلامته ورجع إليه جميع ثمنه فكان كالرد ،

(١) في د : الأخذ .

(٢) في د : يبطل .

(٣) المبسوط : ٣ : ١٣٣

ويحتمل ثبوته ؛ لأنه عوض جزء فأت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه ، فحيث سقط عن الشفيع من الثمن بقدره ، وكذا لو علم الشفيع خاصة ،

ويحتمل ثبوته ؛ لأنه عوض جزء فأت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه .

القسم الثاني : أن يكونا معاً جاهلين ، فإن رده الشفيع أو تركه انقطع حقه ، فيتخير المشتري حيث يشاء بين الرد وطلب الأرض ، وإن احتار أخذه لم يكن للمشتري الفسخ ؛ لثبوت حق الشفيع فيه ، لكن هل له الأرض ؟ قال الشيخ لا ؛ لأنه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن إليه من الشفيع ، فلم يفت منه شيء ليطلب به^(١) .

ويحتمل الثبوت ؛ لأننا لا نسلم أنه استدرك ظلامته ؛ لأن حقه عند البائع ، لأن الأرض جزء من الثمن عوض جزء فأت من المبيع والأصل بقاءه ، ولا يجب أن يحمل قدره مما قبضه من الشفيع عوض ما يستحقه عند البائع ، لأن الواقع بين البائع والمشتري معارضة مستتفة ، كما أن الواقع بين المشتري والشفيع معارضة مستقلة أيضاً فيرجع بالأرض ، وهو الأصح .

وعلى هذا يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره ؛ لأن الثمن ما يبقى بعد أخذ الأرض ، وإلى هذا أشار بقوله . (فحيث سقط عن الشفيع من الثمن بقدره) فإن كان المشتري قد أخذ الثمن من الشفيع رد عليه قدر الأرض .

واعلم أن قوله : (فلا يسقط بزوال ملكه) لا يكاد يكون له دخل في المقصود ؛ لأن زوال الملك وعدمه لا يعمل به أخذ الأرض وعدمه .

قوله : (وكذا لو علم الشفيع خاصة) .

هذا هو القسم الثالث ، أي لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري فالحكم كما سبق في الثاني : لا رد للشفيع ؛ لعلمه ، ولا للمشتري ؛ لحق

ولو علم المشتري خاصة فللشفيع رده وليس له الأرض .
ولو كان المشتري قد اشتراه بالبراءة من كل عيب : فإن علم الشفيع
بالشرط فكالْمشتري ، وإلا فله الرد .

الفصل الرابع : في مسقطات الشفعة :

وتسقط بكل ما يعد تقصيراً أو توابياً في الطلب على رأي ،

الشفيع ، وهل له الأرض؟ فيه قولان ، والأصح أن له ذلك فيسقط عن الشفيع
قدره .

قوله : (ولو علم المشتري خاصة فللشفيع رده وليس له الأرض) .
أما الرد فللعيب مع كونه حلاً له ، وأما عدم الأرض فلاه إما يأخذ
بالمعنى الذي جرى عليه العقد والمشتري لا أرض له ، لمعلمه ، واستحقاق
الشفيع الأرض فرع أخذ المشتري لها .
فرع :

لو كان في المبيع عيب فاحتر لم يعد القول باستحقاق الشفيع رده ، أما
المشتري فلا بحث في أن له ذلك

قوله : (ولو كان المشتري قد اشتراه بالبراءة من كل عيب ، فإن علم
الشفيع بالشرط فكالْمشتري ، وإلا فله الرد) .

إذا علم الشفيع بالشرط ثم أخذ فقد رضي به ، وإلا كان له الرد ،
والظاهر أن المراد جواز الرد وإن لم يظهر عيب ؛ لأن الشرط المذكور في حكم
العيب ويحتمل أن يقال : لا يلزمه حكم شرط فإذا وجد عيباً رده به ، ويعد
بأنه إنما يأخذ بالبيع الذي وقع من المشتري

قوله : (ويسقط بكل ما يعد تقصيراً أو توابياً في الطلب على رأي) .

الرأي يلغى إلى أن الشفعة على العور ، فكل ما يعد تقصيراً في العادة أو

فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب ، فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤونة ومئة ثقيلة ، فإن لم يجد فليشهد ، فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم الطلان .

توانياً في الطلب يبطل به ، وهو الأصح على ما سبق

قوله : (فإذا بلغ الخبر فلينهض للطلب ، فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤونة ومئة ثقيلة) .

لا ريب أنه على الأمور يتعين عليه إذا ندعه الخبر بوقوع البيع أن ينهض للطلب حذراً من بطلان الشفعة ، فإن منع بعد لا يتطرق زواله عن قريب كالمرض له ، أو لمن لا يستطيع معارفته ، أو حبس في باطل ، ومنه المحس في الدين مع الحر ، وكذا لعائب في بد يتوقف مجيئه منه إلى زمان كثير فليوكل ؛ حذراً من بطلان الشفعة بتركه إن لم يكن فيه مؤونة ومئة ثقيلة وليس بعيد أن يجعل ثقيلة صفة لكل منهما على طريق البدل فلا اثر للمؤونة القليلة عرفاً وكذا المنة اليسيرة فادحل بذلك مع الامكان على ما ذكرنا مطلّت شعته .

قوله : (فإن لم يجد فليشهد ، فإن ترك الاشهاد فالأقرب عدم الطلان) .

أي : فإن لم يجد إلى التوكيل سبيلاً فيسعي له الاشهاد ، فإن ترك ففي البطلان قولان :

أحدهما : لا وهو الأقرب عند المصنف ؛ لأن الحق قد ثبت والأصل بقاؤه ، ولأن فائدة الاشهاد ثبوت لعذر ، وقد يثبت بإقرار المشتري أو يمين الشفيع على نفي التقصير ؛ لأن الأصل معه فلا اثر لتركه ، ولعموم دلائل الشفعة المتناولة لمحل النزاع .

والآخر : سقوطه ؛ لأن الاشهاد قائم مقام الطلب فتركه بمنزلة تركه ، وفي المقدمتين منع .

ولو بلغه متواتراً أو بشهادة عدلين فقال : لم اصدق بطلت شفعته ،
ويقبل عذره لو اخبره صبي أو فاسق أو عدل واحد .

إن قيل لو قال قائل بأن الأحذ بالشفعة لا يتوقف على دفع الثمن أمكن
وجوب الأشهاد هنا .

قلنا : الظاهر أنه إما يملك به مع حضور المشتري أو وكيله ، كما أن
الطلب لا يعتد به إلا بحضور المشتري أو وكيله

اقول : إن هذا لا يخلو من شيء ، لأن المثل إذا كان يكفي فيه القول فليس
وقع اثر الملك كالفسخ الذي الحيار ، إلا أن القوم يطبقون على وجوب السعي
الى المشتري ، والقائلون بالفور جعلوه على الفور ، لكن قال في التذكرة . ولو
لم يتمكن من المصير الى أحدهما - يريد بهما المشتري والقاصي - ، ولا من
الأشهاد فهل يؤمر أن يقول . تمكنته أو أحسنه ؟ الأقرب ذلك ؛ لأن الواجب
الطلب عند القاصي أو المشتري ، فإذا فات ، لقيد لم يسقط الآخر ، وللشافعية
وجهان^(١) ، فعلى ما تحقق من حكم الأحاد ما ذكره هنا متجه .

قوله : (ولو بلغه متواتراً ، أو شهادة عدلين فقال : لم اصدق بطلت
شفعته) .

إذا علم حصول التواتر المفيد للمعلم وعدثة الشاهدين فإن عدم تصديقه
الآن مكابرة ، نعم لو كان قريب عهد بالاسلام فقال لم اعلم أن شهادة
العدلين تثمر اليقين شرعاً أمكن القبول .

قوله : (ويقبل عذره لو اخبره صبي ، أو فاسق ، أو عدل واحد) .
لأن واحداً من هؤلاء لا يثمر خبره اليقين عقلاً ولا شرعاً .

ولو أخبره مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وإن لم يكن عدلاً ؛ لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن .

ولو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع ، أو نزل عنها ، أو عفا ، أو أذن فالأقرب عدم السقوط . وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع ، أو شهد على البيع ، أو بارك لأحدهما في عقده ، أو أذن للمشتري في الشراء ، أو

قوله : (ولو أخبره مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وإن لم يكن عدلاً ؛ لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن) .

ويعلم تصديقه باعترافيه لعدم إمكان الاطلاع عليه إلا من قبله .

قوله : (ولو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع ، أو ترك عنها ، أو عفى ، أو أذن فالأقرب عدم السقوط) .

لو أسقط حقه من الشفعة قبل بيع ، أو ترك عنها قبله . بمعنى أنه تركها . أو عفى عنها (قبله) ، أو أذن في البيع فالأقرب عدم السقوط ؛ لأنه لم يستحق حينئذ شيئاً فيسقطه . وقال الشيخان ، وابن حمزة . لو عرض البائع الثمن على صاحب الشفعة فلم يرد فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائداً عليه لم تكن له المطالبة بالشفعة^(١) ، وفي الدروس . إن في رواية جابر^(٢) ايذاناً به^(٣) ، ولم يرجع شيئاً ، والأول أصح ؛ تمسكاً بعموم دلائل الشفعة^(٤) ، واسقاط الحق قبل استحقاقه لا أثر له .

قوله : (وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع ، أو شهد على البيع ، أو بارك لأحدهما في عقده ، أو أذن للمشتري في عقد الشراء ، أو ضمن

(١) المقمة : ٩٦ ، النهاية : ٤٢٥ ، الوسيلة : ٢٩٩ .

(٢) سنن أبي داود : ٢٨٥ حديث ٣٥١٣ ، سنن البيهقي : ٦ : ١٠٤ .

(٣) الدروس : ٣٩٠ .

(٤) الكافي : ٢٨١ ، حديث ٨ ، التهذيب : ٧ : ١٦٤ حديث ٧٣٠ .

ضمن العهدة للمشتري ، أو شرطاً له الخيار فاختار الإمضاء إن ترتبت على اللزوم .

العهدة للمشتري ، أو شرطاً له الخيار فاختار الامضاء إن ترتب على اللزوم .

أي : وكذا الأقرب عدم السقوط في هذه المسائل :

الأولى : إذا كان الشيع وكيلاً لأحدهما ، أي - البائع أو المشتري في البيع من طرفه ، ووجه عدم السقوط أصالة بقاء حقه وعدم تغير حصول المسقط ، واختار المصنف في المختلف «سقوط»^(١) ، لحصول الرضى بالبيع وهو مسقط وحوابه . مع كون مطلق الرضى بالبيع مسقطاً ، فإن البيع هو السبب في ثبوت الشفعة ، ولا ريب أن من يتولعها راض بوقوع البيع ويريد له ، حتى لو حاول عدم الرضى به أمكن أن لا يكون مقتوراً له ، وإنما المسقط هو رضاه بالبيع ليقى ملكاً للمشتري ، وهذا غير لازم حصوله من كونه وكيلاً لأحدهما في العقد ، والأصح عدم لسقوط

الثانية . أن يشهد على البيع ، فقد قال الشيخ في النهاية : تبطل شفעתه^(٢) ، وتبعه ابن البراق^(٣) ، ونفاه ابن ادريس^(٤) ، وقال المصنف في المختلف . إن وجدت دلالة على الرضى بالبيع بطلت شفעתه^(٥) والتحقيق : أن القول بالبطلان بمجرد ذلك لا وجه له ، فإن حصل ما يدل على الرضى المسقط أو تراخى في الطلب فهو خروج من المسألة

الثالثة : إذا برك لأحدهما في عقده ، أو في عقد على ما في بعض نسخ

(١) المختلف : ٤٠٧ .

(٢) النهاية : ٤٣٥ .

(٣) المذهب : ١ : ٤٥٨ .

(٤) الرائر : ٢٥٢ .

(٥) المختلف : ٤٠٧ .

ولو جهلا قدر الثمن ، أو أخر المطالبة لبعده عن المبيع حتى يصل

الكتاب ، وهي البطلان به قولان ، وجه البطلان : تصمته الرضى ، وقد علمت أن مطلق الرضى غير قادح ؛ لأنه قد يرضى من جهة استحقاقه للشفعة به . وربما وجه البطلان لحصول التراخي به ، وهو مشكل ؛ لأن هذا القدر من الملائمة عند التلاقي أمر مطلوب عرفا كالسلام ، وربما كان تركه والاشتغال بالمطالبة مستهجناً في العادة ، والحز عدم البطلان إن لم يحصل به تراخ .

الرابعة : ادبه للمشتري في عقد الشراء ، وقد سبق

الحامسة . صمان عهدة المثلث^(١) للمشتري - أي . دركه - وكذا عهدة الثمن للبائع ، وقال المصنف في المختلف بالبطلان ؛ لدلالته على الرضى^(٢) ، ونفاه الشيخ^(٣) وابن إدريس^(٤) ، والأصح أنه إن باهى الطلب على الفور انطل ، وإلا فلا ، فقد ينتظر حضور الثمن إن جعلنا الطلب هو الأخذ .

السادسة : أن يشترطاً للشفيع الخيار فاختار الامضاء فإن الأقرب عدم السقوط - إن قلنا بأن الشفعة إما تثبت مع لزوم العقد - ؛ لأن الامضاء تمهيد لسبب الأخذ ، ولأنه كالاسقاط قبل نشوت ويحتمل السقوط للرضى وإن قلنا أن الشفعة تثبت ، وإن كان العقد غير لازم وممهور كلام المصنف السقوط ، ووجهه الدلالة على الرضى واشتغاله بما لا يعينه ، وقد عرفت فيما مضى أن ثبوت الشفعة لا يتوقف على لزوم العقد ؛ لعموم النص ، فحينئذ يبطل لحصول التراخي المماضي للفور ، وكذا كل موضع من هذه المواضع وغيرها يضمن التراخي فانه يبطل الشفعة

قوله : (ولو جهلا قدر الثمن ، أو أخر المطالبة لبعده عن المبيع

(١) في ٤٥ : صمانه عهدة الثمن

(٢) المختلف . ١٠٧

(٣) المبسوط ٣ . ١٢٥

(٤) السرائر : ٢٥٢

اليه ، أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعين ، أو تلفه قبل قبضه على اشكال بطلت .

وتجوز الحيلة على الإسقاط ، بأن يبيع بريادة عن الثمن ثم يدفع به عوضاً قليلاً أو يرثه من الزائد ، أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبة .

حتى يصل اليه ، أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعين ، أو تلفه قبل قبضه على اشكال بطلت) .

أي : لو جهل كل من المشتري والشفيع الثمن فإن الشفعة تبطل ؛ لعدم الطريق الى العلم به المقتضي لسد باب الأخذ بالشفعة ، وكذا لو أخر المطالبة لبعده عن البيع حتى يصل اليه فإن ذلك لا يُعد عتلاً في تأخير الأخذ بالشفعة فهو مناف للمور ، وكذا تبطل لو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعين لإقراره^(١) بفساد السع من أصله المقتضي لعدم الشفعة .

وهل تبطل لو اعترف الشفيع بتف الثمن لمعين قبل قصر البائع إياه؟ فيه اشكال يلحظ الى الاشكال السابق في أن تف الثمن المعين قبل قصر البائع إياه هل يقتضي بطلان الشفعة قبل أحد الشفيع بالشفعة ، أم مطلقاً ، أم لا يقتضي البطلان مطلقاً؟ وقد سبق أن الشفعة لا تبطل به مطلقاً فلا يكون الاقرار به مبطلاً لها .

قوله : (وتجوز الحيلة على الاسقاط ، بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضاً قليلاً ، أو يرثه من الزائد ، أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبة) .

الاسقاط قد يكون بفعل الشفيع لكثرة ثمن وقدة المدفوع عنه عوضاً ، فإنه إنما يملك الأخذ بالثمن ؛ لأنه إما دفعه بعوضاً ، لأن هذه بمنزلة معاوضة أخرى في حكم الإبراء من البعض ، فيكون ذلك موجباً لأعراض الشفيع لما

(١) في دم ، لإقراره

ولو قال الشفيع للمشتري : بعني ما اشتريت أو قاسمني بطلت .

ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة .

ولو كانت الأرض مشغولة بالزراع فإن أخذ الشفيع وجب الصبر ، وهل له الترك عاجلاً ولأخذ وقت الحصاد ؟ نظر .

يلزمه من العزم الكثير ، ومثله ما لو أبرأه من الزائد على المطلوب أحله ، وقد يكون الاسقاط ناشئاً من غير صالح لثبوت الشفعة كالصالح والهبة ، إلا أن إطلاق الاسقاط هنا مجازاً لا انتهاء بثبوت الشفعة هنا .

قوله : (ولو قال الشفيع للمشتري بعني ما اشتريت ، أو قاسمني بطلت) .

لأن هذا يتضمن الرضى بملكه واستقراره ، ومع ذلك فهو مناف للمور ، إذ هو من المصول لمن يورثه الشفعة .

قوله : (ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة) .

لأن الشفعة حق مالي ثابت فيجوز الصلح عليه .

فإن قيل : إذا شرط في عقد الصلح كان ذلك منافياً للفور فيبطل .

قلنا : قد علم أن ما اقتضت العادة لا يقدح مثل السلام والدعاء ، ولا يزيد الصلح عليهما : على أنه قد يتصور الصلح مع الوكيل ، فإن التراضي من قبله على خلاف المصلحة لا تبطل حق الموكل .

قوله : (ولو كانت الأرض مشغولة بالزراع فإن أخذ الشفيع وجب الصبر ، وهل له الترك عاجلاً ولأخذ وقت الحصاد ؟ فيه نظر) .

يشأ : من أنه لا يتمتع بالشفص حيث لو أخذه ، فيحرم الانتفاع بالثمن بغير مقابل ، فبقاؤه في يده إلى زمان الحصاد ليكون نفعه في مقابل نفع الشفص الذي استوفاه المشتري مطلوب فيكون ذلك علراً في التأخير ، ومن أن الشفعة

ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت ، وللمشتري الأول الشفعة على الثاني .

ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة ، والثبوت لبقاء ما يوجب لجميع ابتداءً ، فله أخذ الشقص من المشتري الأول .

على الفور ، ومثل ذلك لم يثبت كونه عذرًا ، وربما بيعت الأرض قبل أوان الانتفاع بها بشهر أو شهرين ، فكما لا يسوغ التأخير هنا لا يسوغ ثمة ، وهو الأصح . ومثله لو كان في المشعور ثمرة من الأخذ على الفور ، ويجب الإبقاء إلى القطاف .

قوله : (ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت ، وللمشتري الأول الشفعة على الثاني) .

لأن المشتري الأول شريك قديم ، والمشتري الثاني شريك حدث ملكه بالبيع ، وإنما بطلت شفعة من باع نصيبه علمًا ، لأنه أزال سبب استحقاقه عزال الاستحقاق .

قوله : (ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط ، لسقوط بعض ما يوجب الشفعة ، والثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداءً فله أخذ الشقص من المشتري الأول) .

قوله : (وقلنا بثبوتها مع الكثرة) يقتضي أن تعدد الشركاء مانع من ثبوت الشفعة ، وإن لم يكن الشفيع إلا واحداً من الشفيع بالنسبة إلى المشتري الأول ليس إلا واحداً ، بل شفيعته تثبت قبل حدوث الكثرة ، فينبغي أن لا يكون لها أثر في المص إن لم يكن بيع بعض الشقص مدعياً . وبالجملة فلا يكون ثبوت الشفعة على المشتري الأول من فروع الكثرة ، نعم في الثاني يعني ذلك إن كان المانع تعدد الشركاء وإن كان الشفيع واحداً

والشفعة موروثه كالمال على رأي ، سواء طالب العوروث أو لا ،

الأخذ إذا زال ولما يأخذ بالشفعة يقتضي امتناع الأخذ ، وإلا لكان الأحد بغير سبب .

لا يقال : الشركة سبب الاستحقاق وقد ثبت فلا يزول بزوالها ، إذ لم يثبت كونه علة الزوال .

لأما نقول : ظاهر قوله عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك مقاسم » يقتضي زوال الاستحقاق ، والجهل لا أثر له إذا انتفى السبب ؛ لأن خطاب الوضع لا يتفاوت الأمر فيه بالعلم والجهل ، والأصح أن لا شفعة .

قوله : (والشفعة موروثه كالمال على المحكّال ، سواء طالب الموروث أم لا) .

اختلف الأصحاب في أن الشفعة تورث ، فقال الحنفية^(١) والمرتعص^(٢) وجماعة : إنها تورث^(٣) ، وانكره الشيخ^(٤) وجماعة^(٥) ، ودليلهما منشأ الاشكال ، والأصح الأول ؛ لعموم دلائل الإرث الدالة على إرث كل حق ، ولهذا حكمنا بكون الخيار موروثاً وحدّ القذف فحق الشفعة أولى ، ولأنها في معنى الخيار يثبت لدفع الضرر ، وذلك قائم في حق الوارث واحتج الشيخ برواية طلحة بن زيد ، عن علي عليه السلام قال : « لا تورث الشفعة »^(٦) ، ولأن ملك الوارث متجدد فلا يستحق به شفعة ، وجوابه ضعف الرواية فإن طلحة بترى ، والوارث يأخذ ما استحقه مورثه ، وليس هو الشفيع أصالة ليقدر

(١) المقنعة : ٩٦

(٢) الانتصار : ٢١٧ .

(٣) منهم يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع ٢٧٨ ، وابن إدريس في السرائر : ٢٥١ ، والشهيد في الدروس : ٣٩٢ ، والمحقق الحلبي في الشرائع ٣ : ٢٦٣ .

(٤) الخلاف : ٢ : ١٠٨ مسألة ١٢ كتاب الشفعة

(٥) منهم ابن حنبل في الوصيلة : ٢٩٩

(٦) الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٨ ، التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤١

فللزوجة مع الولد الثمن . ولو لم يكن وارث فهي للإمام ، فإن عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط ، وكان للباقيين أخذ الجميع أو الترك .

أما لو عفا الميت أو أحر لطلب مع امكانه فإنها تبطل .

ولو عفا أحد الوارثين وطلب الآخر ، فمات الطالب فورثه العافي

تجدد ملكه .

وقوله : (كالمال) يحتمل أن يكون إشارة الى دليل الارث ، أي : الشفعة موروثه ، لأنها حق مالي فتورث كما يورث المال ، ويحتمل أن يكون إشارة الى كبيعة الارث ، فإن للعمارة خلافاً في أنها تورث كما يورث المال ، فتقسم باعتبار السهام أو تقسم على الرؤوس فيكون إشارة الى الأول ، والكل صحيح .

قوله : (فللزوجة مع الولد الثمن) .

خص الزوجة ليسه على ارثها من الشفعة وإن كانت قد لا ترث من بعض الأشياء .

قوله : (ولو لم يكن وارث فهي للإمام) .

كسائر ما يورث ، ففي حالة العيبة حكمها حكم سائر ميراث من لا وارث له .

قوله : (فإن عفا أحد الوراث عن نصيبه لم يسقط وكان للباقيين أخذ الجميع أو الترك) .

لأن الحق للجميع فلا يسقط حق واحد بترك غيره ، لكن لما لم يجز تبعض الصفقة على المشتري كان المستحق للباقي الجميع ، فإن أخذه فذاك والأ ترك

قوله : (ولو عفا أحد الوارثين وطلب الآخر فمات الطالب فورثه

فهذا الأخذ بالشفعة على أشكال .

ولو مات مفلّس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة .
ولو بيع بعض ملك الميت في الدين لم تكن لوارثه المطالبة

العافي فله الأخذ بالشفعة على أشكال (

يشأ : من أن المطالب استحق الجميع فينتقل استحقاقه بموته إلى وارثه ، ولا يضر عمو الوارث عن حقه قبل ذلك ؛ لأن هذا حق آخر متجدد غير الحق الذي عفا عنه الوارث ، فلا يلزم سقوطه لسقوط العفو عنه لاختلاف سبب استحقاقهما ، وكون العفو قبل حدوث سبب المتجدد

ومن سقوط شفخته بعفوه ، وإنما يستحق غير مدّعيها عنه باعتباره غيره وقد انتفى الغيرية فلا يستحق منه عفا عنه ولا نصيب الموت لامتناع تبعض الصفة ، وليس شيء ؛ لأن غيره مستحق للشفعة باعتباره شريكه لا باعتبار العفو من العافي فإن تملك الشفعة لا يصح ، ولهذا لو عفا عنها لمن لا حق له لا يستحقها ، وقبل العفو كان الشريك مساوياً له في سبب الاستحقاق ، فإذا عفا زال واختص الآخر بالسبب فاختص بمقتضاه وهو الشفعة في الجميع .

ولو سلم أن نصيب العافي استحقه الآخر بالعفو فإذا انتفى استحقاقه الشفعة باعتباره كونه شريكاً للعفو فلا ينتفي استحقاقه باعتباره الارث ؛ لأنه سبب جديد ، إذ ليس أبعد حالاً ممن لا يستحق شفعة أصلاً ورأساً إذا انتقلت إليه بالارث ، والأصح الأول .

قوله : (ولو مات مفلّس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة)

لأن الوارث هو المالك للشقص المتروك ؛ بناء على أن التركة تنتقل إلى الوارث وإن استغرقها الدين ، وهو الأصح ، ولم يصرح المصنف بترجيح هذا في كتاب الحجر لكن بناء الحكم عليه ، وهو الأصح .

قوله : (ولو بيع بعض الملك للميت في الدين لم تكن لوارثه

بالشفعة ، وكذا لو كان الوارث شريكاً للمورث فبيع نصيب المورث في الدين .

ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه ، ويدفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل .

ولو وصى لإنسان بشقص فباع لشريك بعد الموت قبل القبول

المطالبة بالشفعة) .

لأن البيع في الحقيقة لمالك الوارث ، ساء على انتقال التركة اليه بالموت^(١) .

قوله : (وكذا لو كان الوارث شريكاً للمورث فبيع نصيب المورث في الدين) .

أي . لا شفعة للوارث لمثل ما قلناه ، ويحتمل أن يكون للوارث الشفعة ، لأن البيع على الميت إما كان سبب ديه الذي يشت عليه في حال الحياة ، فصار البيع كأنه قد وقع في حال الحياة ولوارث كان شريكه في حال الحياة فتثبت له الشفعة ، ويضعف بأن تركة تنتقل بالموت الى الوارث ، ومن ثم كان له أن يقضي الدين من عنده ويمنع من البيع ، فإذا بيع بعض ماله فكيف يستحق شفעתه ؟!

قوله : (ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة ، لسبق حقه ويدفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل) .

فإن جميع التصرفات من المشتري للشفيع الأحد بالشفعة فيبطلها .

قوله : (ولو وصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل

(١) في دم : بالموت وشبهه .

استحق الشفعة الورثة .

ويحتمل الموصى له إن قُتل به يمسك بالموت ، فإذا قبل الوصية استحق المطالبة ؛ لأننا تبيننا أن الملك كان له ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول ولا الوارث ، لأننا لا نعلم أن الملك له قبل الرد

القبول استحق الشفعة الورثة ، ويحتمل الموصى له إن قُتل إياه يملك بالموت ، فإذا قبل الوصية استحق المطالبة لأننا تبيننا أن الملك كان له (

أي لو وصى من له شفع من يرد به ثم مات ، فباع الشريك حصته من آخر قبل قبول الموصى له ورده فهي مستحق الشفعة قولان
أحدهما . أنه الورثة ، لأن (ملك ينقل اليهم بالموت ، ولا يستحق الموصى له إلا بالقبول .

والثاني أن المستحق هو الموصى له

والحاصل أن بناء القولين على أن قبول الوصية بقل أو كاشف ، فإن قلنا بالأول فالملك إنما يحدث بعده ، فلما لم يكن فيه حقيقة هو الورثة فالشفعة لهم . وإن قلنا بالثاني فالملك ثبت للموصى له بالموت ويكشف بالقبول ، كما أن عدمه يكشف بالرد ، ومن ثم يحكم بالماء لمتجدد بين الموت والقبول للوارث على الأول وللموصى له على الثاني ، فعلى الثاني إذا قبل الوصية استحق المطالبة .

ويعتبر القول على المورد لثلاث تطل لشفعة ، إذا لا يعد تأخير عن ذراً ، والمعروف أن الأصح أن القول كشف وسبائي تحقيقه إن شاء الله تعالى .

قوله : (ولا يستحق المطالبة قبل القبول ولا الوارث ، لأننا لا نعلم أن الملك له قبل الرد) .

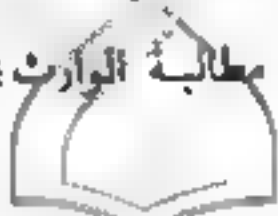
أي : لا يستحق الموصى له المطالبة قبل القبول سواء على الثاني ؛ لأن ملكه وإن ثبت بالموت لكن الكاشف عنه هو القبول فقبله لم يتحقق ملك . ولو

ويحتمل مطالبة الوارث ؛ لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق ، فإذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانياً ؛ لظهور عدم استحقاق المطالب .

ويحتمل أن المشفوع للوارث ؛ لأن الموصى به إنما انتقل اليه بعد أخذ الشفعة .

قلنا : إن القبول ناقل فلا بحث ؛ لأن ملكه يحدث بالقبول وهو ظاهر ، وكذا بناء على الثاني لا يستحق المطالبة الوارث ؛ لأن ملكه لا يعلم قبل الرد .

قوله : (ويحتمل مطالبة الوارث ؛ لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق) .



أي : ويحتمل بقاء الحق على أن القبول كاشف - استحقاق الوارث المطالبة بالشفعة ، فهو في مقابل قوله ~~ولا الوارث~~ لأن الأصل عدم قبول الموصى له ، والأصل بقاء الحق للوارث ، وفيه نظر إذ لا أصل هنا يرجع اليه ، فانه كما أن الأصل عدم القبول الكاشف عن ملكية الموصى له فالأصل عدم الرد الكاشف عن ملكية الوارث ، والموت صالح لتملك الموصى له وتملك الوارث ؛ لمكان الوصية المستعقب للقبول والرد ، فليس هناك حق لأحدهما يستصحب بقاءه فلا يتم ما ذكره .

قوله : (فإذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانياً لظهور عدم استحقاق المطالب) .

هذا تفريع على الاحتمال الثالث ، وهو أن للوارث المطالبة ، فإذا طالب ثم قبل الموصى له تبين بطلان مطالبة الوارث ؛ لانتهاء كونه مالكا حين المطالبة ، فلا بد للموصى له من مطالبة في التملك بالشفعة ، لأنه الشفع في نفس الأمر .

قوله : (ويحتمل أن المشفوع للوارث ، لأن الموصى به إنما انتقل

ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له ؛
لتأخر ملكه عن البيع ، وفي الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه
ببيع شريكه .

ولو اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة إن قلنا بطلان البيع .

اليه بعد أخذ الشفعة) .

هذا الاحتمال ليس على نهج ما قلناه بحيث يتفرع على كون القبول
كاشفاً ، ولا هو معادل للأولين بل هو عين الأول وإنما أعاده ليبيّن عليه بعض
المسائل ، وكلامه يوهّم خلاف ذلك فليس صحيحاً ؛ وكان حقه أن يقول : وعلى
الأول اعني : أن الملك للوارث المشعّوع للوارث ؛ لأنّ الموصى به ملك له ،
وإنما يتخل عنه بقول الموصى له وذلك بعد الأخذ بالشفعة

قوله : (ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة
للموصى له ؛ لتأخر ملكه عن البيع ، وفي الوارث وجهان مبنيان على من
باع قبل علمه ببيع شريكه)

أي : بناء على أن القبول ناقِل والملك بنوارث قبله ، وهو للأول لو لم
يطالب الوارث بالشفعة حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له قطعاً ؛ لأنه
لم يكن شريكاً وقت (١) البيع وفي الوارث وجهان مبنيان على الوجهين فيمن
باع ملكه قبل علمه ببيع شريكه وقد سبق ، فإن قلنا ببقاء الشفعة هناك فهي باقية
هنا وإلا فلا ، وهو الأصح .

قوله : (ولو اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة إن قلنا بطلان البيع) .

سيأتي إن شاء الله تعالى في أحكام المرتد أن المرتد عن فطرة هل يدخل
في ملكه شيء بعد الردة بسبب من الأسباب الممكنة أم لا ، وأن في ذلك خلافاً
للأصحاب ، فإن قلنا بعدم دخول شيء في ملكه - وهو الأصح على ما سيأتي إن

(١) في نسخة : قبل .

وعن غير فطرة تثبت الشفعة .

ولو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة ؛ لأن أحدهما رب المال والآخر عامل ،

شاء الله تعالى ؛ لأن خروج املاكه عنه الى الوارث دليل على عدم صلاحيته للتملك ، لامتناع خروج املاكه مع بقاء صلاحيته للتملك بغير الاسباب الناقلة المحصورة - فالبيع باطل ، واستحقاق الشريك الشفعة فرع تحقق البيع .

قوله : (وعن غير فطرة تثبت الشفعة) .

لبقاء ملكه ، وعلى ما سبقت من شاء الله تعالى من أنه محجور عليه وتصرفاته موقوفة فإن عاد الى الاسلام نبتا صحتها^(١) ولا نبتا الفساد ، فإن اجاره الحاكم تثبت الشفعة والا فكلما قلنا

قوله : (ولو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة ؛ لأن أحدهما رب المال والآخر عامل) .

إذا كان الشركاء ثلاثة فقارض أحدهما الآخر على مال ، فاشترى العامل بمال القراض نصف نصيب الثالث (في المشترك)^(٢) فلا شفعة لأحدهم ؛ أما البائع فظاهر إذ لا يملك الشفعة فيما باعه ، وكذا رب المال إذ لا يملك الشفعة فيما اشتراه ، والعامل بالسنة اليه كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، كما قال في التذكرة^(٣) ، وفيه نظر ؛ فإن مال القراض الذي اشترى به إذا لم يكن للعامل فيه شيء يقع الشراء لملكه ، وليس للعامل فيه شيء فيكون شفعه هو العامل ، ولا مانع له من الأخذ بالشفعة على قول ، وعلى قول الشفيع : كن من العامل ومالك مال القراض . هذا إذا لم يكن ربح ، أو كان وقتنا إن العامل لا يملك بالظهور . وإن قلنا يملك بالظهور فله من

(١) في دفعه - صحيحاً

(٢) في دفعه . المشتركة .

(٣) التذكرة ١٠٧ .

فإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي فالشفعة احماساً : لكل من المالك والعامل خمسان ، ولمال المضاربة خمس السدس الذي له إن أثبتنا الشفعة مع الكثرة .

ولو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، ويحتمل التسوية ،

الشفص بمقدار استحقاقه من الشفعة على لقول باشتراكهما فيها ، فإن زاد حقه من الربح فالزائد للمالك على ما سبق ، وعلى هذا ولعامل لا^(١) يأخذ بعض الشفص بالشفعة فله حيثئذ أجرة المثل ولا شك أن ما ذكره هنا لا يطلق على ما سبق من كلامه .

قوله : (فإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي فالشفعة احماساً لكل من المالك والعامل خمسان ، ولمال المضاربة خمس)

ربما يسأل عن سبب إفراد مال المضاربة بالذكر مع أنه ملك لصاحب مال القراض .

فيجواب . بأنه بناء على ما ذكره هنا ليس لأحدهما على الآخر بسببه شيء فإنه بمنزلة شريك آخر ، لأن حكمه متميز عن مال كل منهما ، وفيه نظراً لأنه مال المالك حقيقة ، فإن لم يكن ربح فلا بحث ، وإن كان فعلى ما سبق من اختصاص المالك به وللعامل الأجرة ، فالمشروع لمال القراض حق المالك .

قوله : (ولو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، ويحتمل التسوية) .

قد سبق في أول فروع الكثرة نصير هذين الاحتمالين قولان

فإن باع المشتري على اجنبي ولم يعلم الثالث بالبيعين ، فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه ، إذ لا شريك له في الشفعة .

وإن أخذ بالأول أخذ نصف المبيع وهو السدس ؛ لأن المشتري شريكه ، ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من الثاني ؛ لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما ، فإذا باع الثلث من جميع ما في يده - وفي يده ثلثان - فقد باع نصف ما في يده ، والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو

للأصحاب^(١) ، ورجحنا ههناك لقول بالتسوية تفريعاً ، فالأصح هنا مثله .

قوله : (فإن باع المشتري على اجنبي ولم يعلم الثالث بالبيعين) .

هذا تعريع على الاجتعال الثاني وهو التسوية ، أي : بناء على التسوية لو باع المشتري على اجنبي الثلث وهو قدر ما اشتراه ، والمراد به ثلث الأصل وهو نصف ما صار بيده ؛ لأنه قد كان بيده ثلث واشترى حصة شريك آخر ثالثاً آخر ولم يعلم الشريك الثالث بالبيعين فله الأحد بالشفعة باعتبار كل واحد من العقدين ، فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد المشتري الثاني وهو الاجنبي ، إذ لا شفيع سواه ؛ لأن الشريك الآخر هو البائع فلا شفعة له ، إذ لا يستحق البائع الشفعة على ما باعه .

قوله : (وإن أخذ بالأول أخذ نصف المبيع وهو السدس ؛ لأن المشتري شريكه ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من الثاني ؛ لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما ، فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده ، والشفيع يستحق ربع ما في يده

(١) القول الأول وهو استحقاق الثالث الشفعة دون المشتري ، ذهب إليه الشيخ الطوسي في أحد قوله في الخلاف ٢ : ١١١ مسألة ٢٦ كتاب الشفعة ، والشهيد في الدروس ٣٩٥ .

والقول الثاني وهو الشركة بالتسوية ، ذهب إليه الشيخ الطوسي في قوله الثاني في المبسوط ١٢٨ ، والمحقق الحلبي في الشرائع ٣ - ٢٥٧ .

السدس فصار منقسماً في أيديهما نصفين ، فياخذ من كل واحد منهما نصفه - وهو نصف السدس - ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن ، وتكون المسألة من اثني عشر ، ثم ترجع الى أربعة للشفيع النصف ولكل واحد الربع .

وهو السدس فصار منقسماً في أيديهما نصفين ، فياخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ، ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن وتكون المسألة من اثني عشر ، ثم يرجع الى أربعة للشفيع النصف ولكل واحد الربع .

أي : ونأخذ الشفيع - وهو الشريك الثالث - بالعقد الأول فقد أخذ نصف المبيع بناء على الاحتمال الثاني ، وهو التسوية بينه وبين المشتري في الشفعة وقدره سدس الأصل وللمشتري السدس الآخر وكيفية أحده - أن يأخذ من المشتري الأول نصف سدس ومن المشتري الثاني نصف سدس ؛ وذلك لأن شريكه لما اشترى الثلث كان يسهما كما قرر ، فإذا باع الثلث الأصل مما في يده - وفي يده ثلثان أحدهما ملك سابق والآخر متجدد بالشرء - فقد باع نصف ما في يده شائعاً ، فيكون المبيع نصف ملكه القديم ونصفه الحديد بمقتضى الاشاعة ، والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فإنه ربع الثلثين ، فبمقتضى الاشاعة يكون نصفه في يد المشتري الأول ونصفه في يد الثاني ؛ لاستواء ما باعه المشتري الأول وما بقي في يده ، فيسقط البيع الثاني في نصف سدس ؛ لأنه يأخذ بالعقد الأول وقد تعلق بنصف سدس الأصل في يد الثاني ، فيرجع المشتري الثاني على الأول بحصته من الثمن لبطلان البيع فيه وهو ربع الثمن ، فتكون المسألة من اثني عشر ؛ لأن فيها نصف سدس هو أدق كسر فيها ، ومخرجه من اثني عشر منها سهمان للشفيع وهما السدس ، مضافة الى سهمه من الأصل وهو الثلث فيكمل له نصف ، وللمشتري الثاني ثلاثة ارباع الثلث وهو ربع الأصل ، فيبقى في يد المشتري الأول ربع الأصل فترجع المسألة الى أربعة .

وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني ورابع ما في يد الأول ، فله ثلاثة أرباع ولشريكه الربع ، ويدفع الى الأول نصف الثمن الأول وإلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني .

ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني ؛ لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس ، ويدفع اليه نصف الثمن كذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه .

ويرجع الثاني على الأول بثلثه ، وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن

قوله : (وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني ورابع ما في يد الأول ، فله ثلاثة أرباع ولشريكه الربع ، ويدفع الى الأول نصف الثمن الأول ، وإلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ، ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني ؛ لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ، فيرجع الثاني على الأول بثلثه ، وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة أرباع الثمن) .

أي : وإن أخذ بالعقدين معاً صح ، فيأخذ نصف ما جرى عليه العقد الأول وهو السدس ، وقد عرفت أن نصفه دخل في العقد الثاني فينسخ العقد الثاني فيه ، فيأخذه مع ربع ما في يد الأول - وهو نصف سدس أيضاً - بالعقد الأول ، ويأخذ باقي ما في يد المشتري الثاني - وهو ثلاثة أرباع ما اشتراه - بالعقد الثاني ؛ لأن ذلك هو ما صح فيه العقد الثاني فيكمل له ، أي . للشفع ثلاثة أرباع الأصل ، ولشريكه - أعني المشتري الأول - الربع .

ولا شيء للثاني ؛ وذلك لأنه احتتم له مع ثلثه القديم جميع ما اشتراه المشتري الثاني ربعه بالعقد الأول ، وثلاثة أرباعه بالعقد الثاني وهو ثلث

الأصل ، وربيع ما في يد المشتري الأول وهو نصف سدس وذلك ثلثان ونصف سدس وهو تسعة من اثني عشر ، ففي لشريكه وهو لمشتري الأول ثلاثة هي الربع ، ثم انه يدفع الى المشتري الأول نصف الثمن الأول ، لأنه أخذ نصف مبيعته وهو خمسة مثلاً ، وإلى الثاني ثلاثة ارباع الثمن الثاني وهو تسعة مثلاً ، لأن العقد انفسخ في ربيع المبيع ، لأنه أحده بالأول كما قررناه ، ويرجع المشتري الثاني على المشتري الأول بربع الثمن الثاني ، وهو الذي انفسخ العقد في مقابله من المبيع فلم يبق في مقابله شيء .

وإنما قلنا : (إنه يدفع الى الأول نصف الثمن الأول وإلى الثاني ثلاثة ارباعه . .) ، لأن الشفيع يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس ، فيدفع اليه نصف الثمن لأجل ذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده ، فيأخذ منه فينفسخ البيع الثاني فيه كما قلنا ويرجع الثاني على الأول ثمنه ، وبقي المأخوذ من الثاني بالعقد الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة ارباع الثمن ، وذلك ظاهر

إذا عرفت هذا فاعلم ان قول المصنف . (لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول . . .) تعليل لقوله (ويدفع لي الأول نصف الثمن الأول ، وإلى الثاني ثلاثة ارباع الثمن الثاني ، ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني) فبين به هذه الأمور الثلاثة .

والضمير في قوله (لأنه) يعود الى الشفيع^(١) وقوله : (فيدفع اليه نصف الثمن لذلك) أكثر النسخ فيها (كذلك) بكافين ولا موقع له حسن ، وفي بعضها (لذلك) باللام أولاً وهو حسن فيكون تعليلاً لقوله : (فيدفع اليه نصف الثمن) أي : يدفع نصف الثمن لأجل أنه يأخذ نصف ما في يده بالعقد الأول .

(١) في نسخة : المشتري

الفصل الخامس : في التازع :

لو اختلفا في الثمن ولا بينة قَدَم قول المشتري مع يمينه .

قوله : (لو اختلفا في الثمن ولا بينة قَدَم قول المشتري مع يمينه)

أي : لو اختلف الشفع والمشتري في قدر الثمن ، فأما أن لا يكون لواحد منهما بينة ، أو يكون لكل منهما بينة ، أو يكون للبائع فقط ، أو للمشتري فقط فالأقسام أربعة :

الأول : أن لا يكون لواحد منهما بينة فيحلف المشتري ؛ لأنه المالك فلا يرول ملكه إلا بما يذهب ، وإلّا لم ينكر بينة ، كما أن المشتري لا يملك المبيع إلا بما يقره البائع من الثمن ، كذا هلكه في التذكرة^(١) ، وهذا التعليل إنما يجري فيما إذا وقع الاختلاف بين الشفع والمشتري واليمين باقية ، فلو أحدها بالشفعة ورصي بالدفع فتلفت العير ثم وقع الاختلاف لم يجر ما ذكره فيه مع أن فيه نظراً ؛ لأن كونه مالكا لا يقتضي سماع دعواه بيمينه لأن اليمين على من انكر .

ويمكن أن يقال : المشتري لا دعوى له على الشفع ، إذ لا يدعي شيئاً في ذمته ولا تحت يده ، إنما شفع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الفلاني والمشتري ينكره . ولا يلزم من قوله اشترينه بالأكثر أن يكون مدّعياً عليه وإن كان خلاف الأصل ؛ لأنه لا يدعي استحقاقه إياه عليه ولا يطلب تغريمه إياه ، ولأن الذي لو ترك الخصومة ترك هو الشفع إذ لا يطلبه المشتري للأخذ بالشفعة بما يدعيه .

وهذا الاستدلال حسن لکه مخصوص بما اذا لم يملك الشفع الشقص برضى المشتري قبل دفع لثمن ، فأما اذا تملكه كذلك ثم اختلفا في الثمن فإن

ولو أقاما بيعة فالأقرب الحكم بيعة الشفيع ؛ لأنه الخارج ،

المشتري مدّع لا محالة ، وظاهر اطلاقهم عدم الفرق ، وهو مشكل . إذا تقرر هذا فإذا أقام المشتري بيعة بزيادة لدفع اليمين عن نفسه فقال شيخنا الشهيد في حواشيه : الأقرب القول ، وإن كان في دفع اليمين عن المنكر بالبيعة في غير هذه الصورة تردد . ووجه القرب . أنه يدعي دعوى محضّة وقد أقام بها بيعة فتكون مسموعة ، هذا كلامه .

ويشكل بأن المشتري إن كان هو المنكر فالحجة من طرفه هو اليمين دون البيعة ؛ لقوله عليه السلام . « البيعة على المدعي واليمين على من أنكر »^(١) ، والتفصيل قاطع لشركة وإلا لم يسمع قوله بيمينه ، وقلم عرفت أنه في الحقيقة لا يدعي شيئاً ، لكن صرح المصنف في التذكرة^(٢) والتحرير^(٣) بأن أيهما - أي : الشفيع والمشتري - أقام البيعة سكّعت منه وثبت ما يدعيه ، وهذا الكلام لا يخلو من تدافع

قوله : (ولو أقاما بيعة فالأقرب الحكم بيعة الشفيع ؛ لأنه الخارج)

هذا قول ابن إدريس^(٤) ، واختاره المصنف هنا ، وفي التحرير^(٥) ، والتذكرة^(٦) ، ووجهه أنه خارج فإنه مدّع ولا ملك له ، لأنه يحاول إثبات استحقاقه التملك بما يدعيه ، ولأن اليمين لا يقبل منه فلا بد أن تقبل بيئته ، وهو الأصح . وقال الشيخ في الخلاف^(٧) والمبسوط^(٨) : البيعة بيعة المشتري ،

(١) الكافي ٧ : ٤١٥ حديث ٢٠١ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٢ و ٥٥٤ ، سنن البيهقي ١٠ : ٢٥٢

(٢) التذكرة ١١ : ٦٠٦ .

(٣) التحرير ٢ : ١٥٦ .

(٤) السرائر : ٢٥٦

(٥) التحرير ٢ : ١٥٦

(٦) التذكرة ١١ : ٦٠٦

(٧) الخلاف ٢ : ١٠٧ مسألة ٦ كتاب الشفعة

(٨) المبسوط ٣ : ١١٠ .

ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما ، ويحتمل القول على الشفيع مع القبض وله بدونه .

وعلى في المبسوط : بأنه داخل من بيته لداخل عنده مقدّمة ، وفي الخلاف بأن بيته تثبت بزيادة الثمن والشفيع ينكره .

وقال اس الجيد . إن أقر المشتري بالشفعة فالبينة عليه في قدر الثمن واليمين على الشفيع ، وإن لم يقر فالبينة على الشفيع ، وفي المختلف رجّح بيته المشتري بأن قوله مقدّم على قول الشفيع ، قال : وهذا بخلاف الداخل والخارج ؛ لأن بيته الداخل يمكن أن تستمر إلى اليد فلهذا قدمّا بيته الخارج ، وفي صورة النزاع البينة تشهد على فصل العقد كشهادة بيته الشفيع^(١) . وفيه نظره لأن الترجيح ليس بهذا فقط بل بقوله عليه السلام : « واليمين على من انكر »^(٢) .

واحتمل المصنف في المختلف أيضاً القرعة ؛ لأنهما يتارعان في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتراعين في عين في يد غيرهما ، وفيه نظره لأن تنازعهما في استحقاق العين بشمن المحصور ، ولأن القرعة في الأمر المشكل الذي لم يدل البصر على حكمه ، وما نحن فيه ليس كذلك .

قوله : (ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما ، ويحتمل القول على الشفيع مع القبض وله بدونه) .

وجه الأول : أن شهادته لأحدهما تجر نفعاً ؛ لأن شهادته بكثرة الثمن تتضمن استحقاقه ذلك ، وكون الرائد لو خرج مستحقاً استحق بدله ، أو الرجوع إلى عين ماله إن كان الشراء بعين الثمن ، وإن شهد بنقصانه يضمن ذلك دفعه بزيادة لو خرج مستحقاً . ووجه الاحتمال : أنه مع القبض إذا شهد بالزيادة

(١) المختلف ٢ : ٤٠٧ .

(٢) الكافي ٧ : ٤١٥ حديث (٢٠١) ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٣ و ٥٥٤ ، مس الیهبی ١٠ : ٢٥٢ .

ولو كان الاختلاف بين المتبايعين وأقاما بينة فالأقرب المحكم لبينة المشتري ، ويأخذ الشفيع به .

فقد أقر بزيادة الدرك فلا تهمة ، ولا يطر إلى استحقاق المطالبة بالدل أو العين على تقدير ظهور الاستحقاق ؛ لاستحقاق ذلك في ضمن هذا المحذور ، وبدون القبض إذا شهد بالنقيصة فقد أقدم على نقصان حقه ، ومحذور الدرك مستحضر في ضمن هذا ، والأصح أنها لا تقبل مطلقاً ، لأنه ربما حاول بذلك إسقاط خيار العين وقلة الأرض لو ظهر المبيع معيباً ، من ربما كان عالماً بالعيب ويتوقع المطالبة بأرضه ، وربما كان له عرض بعود المبيع إليه بفسخ المشتري إذا علم بالعيب أو العيب ، ويخشى بأحد الشفيع موت ذلكم فيفسره من الأحد بكثرة الثمن ، أو ربما كان يخاف رد المشتري إليه بالعيب أو العين دون الشفيع فزاد رغبته في الأحد بتقليل الثمن ، وبالحيلة محبت جر الفسخ بالشهادة المذكورة لا يكاد ينصط .

قوله . (ولو كان الاختلاف بين المتبايعين وأقاما بينة فالأقرب المحكم لبينة المشتري ويأخذ الشفيع به)

قد سبق في البيع أنه إذا اختلف المتبايعان في الثمن ولا بينة فالقول قول البائع بيمينه إن كانت العين باقية ، وعلى هذا إذا أقاما بينة تقدم بينة المشتري ؛ لأن اعتبار اليمين من أحد المتبايعين يقتضي اعتبار البينة من الآخر ، وحيث أخذ الشفيع بما شهدت به بينة المشتري ؛ لأنه الثابت شرعاً ، ولأن الزائد بزعمه غير مستحق وبيبة البائع كاذبة فيه ، وهذا على ما ذكرناه من سماع البينة من المشتري إذا وقع الاختلاف بينه وبين الشفيع واضح ، لكن الاشكال السابق الوارد على أصل المسألة ، لو ادعى الشفيع الأقل منهما وارد هنا .

وقال الشيخ في المبسوط : يحكم بالفرعة فمن خرج اسمه حكم له وأخذ الشفيع بذلك الثمن^(١) ، قال الشرح . وعلى التماسخ مع اليمينين بينة

ولو لم تقم البيّنة حلف البائع ، فيتخير الشفيع بين الأخذ به والترك ،
والأقرب الأخذ بما ادّعاه المشتري ،

المشتري مخالفة لأصليين انتقل الملك اليه ، ورضى البائع بالمعوض الأقل .
وبيّنة البائع تخالف أصلاً واحداً ، وهو عدم رضى المشتري بالريادة ، ولا ريب
أن أصالة عدم انتقال الملك اليه قد زال باعتراض البائع بحصول البيع الماقل
للملك في الجملة^(١) .

إذا عرفت هذا فظهر هذه المسائل أن هذا الاختلاف قبل أخذ الشفيع
بالشبهة ، وما سيأتي في العبارة يظهر في الدلالة على ذلك ، فلا يكون اختلاف
الشفيع والمشتري بعد الأخذ بالشبهة مدغمراً حكمه ها .

قوله : (ولو لم تقم البيّنة حلف البائع ، فيتخير الشفيع بين الأخذ به
والترك ، والأقرب الأخذ بما ادّعاه المشتري)

إذا لم يقم أحدهما بيّنة حلف البائع ؛ لأن القول قوله مع بقاء السلعة كما
علم غير مرة ، فيتخير الشفيع بين الأخذ بما حلف عليه والترك ؛ لأن الثابت
شرعاً والواحد على المشتري دفعه فهو الثمن حقيقة . والأقرب أنه لا يأخذ به
بل بما ادّعاه المشتري ، ووجه القرب ؛ أن الأخذ إنما هو من المشتري ، وقد
اعترف بأن الريادة ظلم فلا يجوز أن يظلم بها غيره ، وإقرار العقلاء على أنفسهم
جائز .

ويحتمل ضعيفاً الأول ، وهو الأخذ بما حلف عليه البائع بأنه الثمن
شرعاً ، ويضعف بأنه الثمن في حق المشتري لا في حق الشفيع للمشتري مع
اعترافه بكون الزائد ظلماً فيكون يمين البائع فاجرة بإقراره ، وهو الأصح . لكن
هنا تحقيق . وهو أن الشفيع إن صدّق المشتري فالأمر كذلك ، وإن صدّق البائع
وكان في نفس الأمر صادق وجب عليه التوصل إلى دفع الزيادة إلى المشتري ،
والا لم يكن له طلبها ظاهراً ، لأن ذلك حق له في نفس الأمر وإن الثابت

وكذا لو أقام البائع البينة .

ولو قال المشتري : لا اعلم كمية الثمن كلف جواباً صحيحاً ، ولو قال : أنسيته ، أو اشتراه وكيلي ولا اعلم به حلف وبطلت الشفعة .
ولو اختلفا في قيمة العوض المجهول ثمناً عرض على المقومين ،

خلافه .

قوله : (وكذا لو أقام البائع البينة) .

أي : وكذا يثبت ما ادعاه الساع لو أقام البينة عليه فيأخذ الشفيع به أو يترك ، والأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري ، وهذا حق لكن الاشكال على سماع بينة البائع مع كونه المكر وارد .

قوله : (ولو قال المشتري : لا اعلم كمية الثمن كلف جواباً صحيحاً)

إنما لم يكن هذا جواباً صحيحاً لأحتمله واحتماله ، ولهذا اذا فصل يقبل قوله باليمين .

قوله . (ولو قال . أنسيته ، أو اشتراه وكيلي ولا اعلم به حلف وبطلت الشفعة) .

إنما يحلف لانكاره وهو واضح في الشيء ، وأما في الأول فلا النسيان لا يعرف إلا من قبله ، فلو لم يقبل قوله باليمين لكلف شططاً ، فاذا حلف بطلت الشفعة لتعذر العلم بالثمن وهو شرط لجوار الأخذ ، وإنما تنطل مع اليأس من العلم به ، فلو أمكن استعلامه فالشفعة باقية ، ولو قال الشفيع : إنني اعلم قدره وادعى المشتري النسيان فهل تثبت بيمين الشفيع هنا؟ فيه نظر .

قوله : (ولو اختلفا في قيمة المجهول ثمناً عرض على المقومين)

أي : الشفيع والمشتري بناءً على أن الشفعة تثبت مع كون الثمن قيمةً ، لا معنى للاختلاف في القيمة مع وجود العيب وإمكان استعلام قيمته .

فإن تعذر قَدَم قول المشتري على اشكال

ولو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري : أنا أحدثه ، وأنكر الشفيع قَدَم قول المشتري ؛ لأنه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه .
ولو ادعى أنه باع نصيبه على اجنبي ، فأنكر الاجنبي قضي للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على اشكال ،

قوله : (فإن تعذر قَدَم قول المشتري على اشكال) .

ينشأ : من أن الشفيع ينكر الريادة فيقدم قوله يمينه ، ومن أن المكر في الحقيقة هو المشتري كما قدماء ، فالقول قوله في أن الشفيع لا يستحق الشقص بالقيمة الدنيا بيمينه ، وهذا واضح قبل الأحد ، وفي الفرق بين هذه المسألة ومسألة الاختلاف في قلن الثمن حيث جرم بتقديم قول المشتري بيمينه هناك وتردد هنا على طر .

قوله : (ولو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري : أنا أحدثه وأنكر الشفيع قَدَم قول المشتري ؛ لأنه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه) .
الاختلاف في الشقص المبيع كالاختلاف في الثمن فالقول قول المشتري فيه بيمينه ؛ لأنه منكر بالنسبة إلى الزائد .

قوله : (ولو ادعى أنه باع نصيبه على اجنبي فأنكر الاجنبي قضي للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على اشكال) .

ينشأ : من اختلاف القولين ، ونعارض الأدلة . قال الشيخ في الخلاف^(١) والمبسوط^(٢) : يثبت ؛ لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، وقد أقر بما يقتضي أن ما بيده مستحق لأحد بالشفعة ، ونفاها ابن ادریس ؛ لأن

(١) الخلاف : ٢ : ١١٢ مسألة ٣٤ كتاب الشفعة .

(٢) المبسوط : ٣ : ١٣٦ .

وللشفيع دون البائع - على اشكال - احلاف المشتري .

ثبوتها فرع ثبوت البيع ولم يثبت^(١) ، وفيه نظر ، لأن ثبوتها فرع ثبوت البيع باعتبار الأخذ من المشتري ، أما باعتبار لأحد من السائع فيكفي اقراره في استحقاقها ، فإنه لو اقر شخص بأن ريداً يستحق ما بيدي بالشفعة وصدقه ثبت استحقاقها بالشفعة وإن لم يثبت البيع . والأصح الثبوت ، فعلى هذا إن اقرار البائع بقبض الثمن دفع الشفيع الثمن الى الحاكم ، ولا كان له أخذه قصاصاً والدرك ها عليه .

قوله : (وللشفيع دون البائع على اشكال إحلاف المشتري) .

أي : اذا ادعى انه باع نصيبه من حسي وانكم الاجبي للشفيع إحلاف الاجبي وهو الذي عبر عنه ؟ (المشتري) ؛ لأنه يزعم السائع مشتري ، وذلك لأن له عليه حق الدرك على تقدير كونه مشترياً ، أو بنكل فيحلف فلعله يقر الشفيع ، هذا إن حكمنا بالشفعة بظاهر الاقرار ، وإلا كان الاحلاف لرحاء الاقرار بالشراء المثل للشفعة ، وليس للبائع احلاف على شكل ، وهو المراد بقول : (على اشكال) ينشأ . من أن فائدة الاحلاف رجاء ثبوت الشراء المقتضي أحد الثمن إن لم يكن قبضه وهو حاصل من الشفيع فيسفي اليمين لا تنفاد فالدتها ، ومن أن الثمن المأخوذ من الشفيع ليس هو عين حقه ، بل بأخذه قصاصاً فله الاحلاف لأجله .

ولأن دفع الدرك عن نفسه أمر مطلوب . وربما تعلق غرضه باثبات الشراء لبيان صدقه في دعواه أو لمقابلة المشتري بصد مطلوبه في إنكاره ، والأصح أن له الاحلاف .

واعلم ان هذا الاشكال إنما هو على تقدير ثبوت الشفعة باقرار البائع ، أو كونه قد قبض الثمن من المشتري ، فإن ثبت بعدم الثبوت ولم يكن قد قبض الثمن فله الاحلاف قطعاً .

ولو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه ، ويكفيه الحلف على عدم استحقاقه الشفعة .

ولو ادعى كل منهما سبق تحالفا مع عدم البينة ، ولا تكفي البينة على الشراء المطلق ، فإن شهدت بتقديم أحدهما قبلت .

قوله : (ولو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه ، ويكفيه الحلف على عدم استحقاقه الشفعة) .

إذا ادعى على شريكه أن شراءه متأخر عن شرائه ، وأنه يستحق عليه الشفعة فالقول قول الشريك بيمينه ؛ لأنه مبكر والأصل عدم الاستحقاق ، ولا يشترط أن يحلف على نفي تأخير الشراء ، فإن أجاب به ؛ لأن الغرض المطلوب من هذه الدعوى هو استحقاق الشفعة فيكفي اليمين لنفيه ، وربما كان الشراء متأخراً ولا يستحق شفعة نسب من الأسباب المسقطه لها فلا يكلف الحلف على نفيه ، وللشافعية وجه يلزم الحلف على نفي التأخر^(١) .

قوله : (ولو ادعى كل منهما سبق تحالفا مع عدم البينة) .

لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فإذا تحالفا استقر ملكهما ، لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر .

قوله : (ولا تكفي البينة على الشراء المطلق) .

أي : الذي هو غير مقيد بسبق شراء المشهود له على شراء الآخر ؛ لأن مطلق الشراء لا تثبت به الشفعة .

قوله : (فإن شهدت بتقديم أحدهما قبلت) .

مع انتفاء المعارض لهوضهما بثبوت مقتضى الشفعة .

ولو شهدت بيتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة .
ولو ادعى الإبتياح وادعى الشريك الإرث وأقاما بيعة قيل . يقرع ،
والأقرب الحكم بيعة الشفيع .

قوله : (ولو شهدت بيتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة) .

أي . لو شهدت إحدى البيتين سبق شراء أحدهما ، والأخرى سبق
الأخر بحيث يتفقا على سبق واحد وينبغيان لاقتراح احتمل التساقط لتكافؤهما
وامتناع العمل بهما ، أو بإحدهما لعدم المرجح ، ونسفي الشفعة للشك في
وجود المقتضى .

واختار الشارح الفاضل ولد المصنف التساقط ونحوهما^(١) ، وهو بعيد ؛
لانتفاء اليمين عن الدعوى مع قيام البيعة بها ، ويحتمل القرعة لانعاقبهما في
الشهادة مع الشريكين على أن شره إحداهما سابق ولا معارض لهذا فيجب
قوله ، وثبوت الشفعة نابع له فيكون مفطوعاً به ، ولا شك أن إحدى البيتين
كاذبة ؛ لامتناع سبق كل منهما على الأخرى وهي غير معلومة فتستخرج بالقرعة ؛
لأن في كل أمر مشكل القرعة ، وهذا مشكل إذ لا طريق إلى معرفة ما هو الحق
شرعاً إلا القرعة ، وهو الأقوى .

فلإن قيل : الشفعة على خلاف الأصل ، ولقرعة لا يقطع تعيينها
المستحق فيكون القول بسقوطها أوجه ؛ لعدم تعيين المستحق لها .

قلنا : قد جعل الشارع القرعة بارلة صرلة التعيين فكل من عيته كان هو
المستحق في نظر الشارع ، ولا يريد بالمستحق إلا المستحق شرعاً ، وقد
أجريت القرعة فيما هو أشد خطراً من هذا وإن كان الطلان محتملاً

قوله : (ولو ادعى الإبتياح وادعى شريك الإرث وأقاما بيعة قيل :
يقرع ، والأقرب الحكم بيعة الشفيع) .

ولو صدق البائع الشفيع لم تثبت ،

أي : لو ادعى أحد الشريكين على شريكه الذي تأخر ملكه عن ملك الآخر أنه انتقل إليه الملك بالانتفاع ، وقال الشريك : إنه انتقل بالإرث وأقام كل واحد منهما بيعة قبل : يقرع بينهما ومن خرجت القرعة له حكم بيئته ، والقائل بذلك هو الشيخ رحمه الله محتجاً بأنهما متعارضان^(١)

وهل يشترط يمين من خرجت له القرعة على القول به ؟ لم يصرحوا به ، وعموم الحكم باليمين في بطائره يفنضي الحكم به هنا . والأقرب الحكم ببيعة الشفيع ؛ لأنه المدعي في الحقيقة ، لأنه يطلب انتزاع ملك الشريك بالشفعة ، ويدعي استحقاق ذلك والشريك بكره ، ولأنه لو ترك الخصومة لترك ، والبيعة في جانب المدعي ، والقرعة إما تثبت في الأمر المشكل الذي لم يثبت له حكم مخصوص من الشارع ، وهذا ليس من ذلك لعموم قوله عليه السلام : « البيعة على المدعي »^(٢) ، ولأنه ربما لم يكن بين البيعتين تعارض في بعض الصور ، إذ بيعة الإرث ربما عولت على أصالة بقاء الملك إلى حين الموت فانتقل بالإرث ؛ لعدم علمها بصدور البيع ، فإن استأدها في ذلك إلى الاستصحاب كاف ، فبيعة الشراء مطلقة على أمر زائد لم يكن للأخرى علم به ، وهو صدور البيع المشهود به فكانت مقدمة كما هو معلوم ، وهذا إنما يتفق حيث يكون البائع هو المورث إذ مع تغايرهما لا يمكن الجمع بينهما ، وعلى كل حال فالمحتار هو الأقرب عند المصنف .

قوله : (ولو صدق البائع الشفيع لم يثبت) .

أي : لو صدق من انتقل عنه الملك - أطلق عليه اسم البائع بمقتضى اقرار الشريك الآخر الذي هو شفيع بزعمه - لم تثبت الشفعة على الشريك المدعي عليه ؛ لأن تصديق من خرج عنه الملك إلى الغير اقرار في حق الغير فلا

(١) البوط ٣ : ١٢٩

(٢) الكافي ٧ : ٤١٥ حديث ١ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٢ .

وكذا إن أقام الشفيع بينة أنه كان للبائع ولم يقم الشريك بينة بالإرث ؛
لأنها لم تشهد بالبيع .

واقرار البائع لا يقبل ؛ لأنه اقرار على الغير ، ولا تقبل شهادته
عليه .

وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع

يقبل .

قوله : (وكذا إن أقام الشفيع بينة أنه كان للبائع ولم يقم الشريك
بينة بالإرث ؛ لأنها لم تشهد بالبيع)

وثبتت الشفعة تابع للبيع فما لم يثبت لم يثبت

وقوله : (واقرار البائع لا يقبل ، لأنه اقرار على الغير) تعليل لقوله (ولو
صدق البائع الشفيع لم يثبت) ذكره بعد تعليل المسألة التالية لها ، فيكون من
قبيل اللف والشرع غير المرتب ، ويمكن جعله مسألة أخرى برأسها متأنفة لكن
يلزم التكرار؛ لأن التصديق هنا في معنى الاقرار

قوله : (ولا تقبل شهادته عليه) .

أي : لا تقبل شهادة من هو بائع برغم المدعى عليه ، أي : على
الشريك ، وهذا إنما يكون إذا ادعى الشريك انتقال الشقص إليه بالإرث عن
شخص ، وادعى الشفيع بزعمه انتقاله بالبيع عن شخص آخر موجود . ولا ريب
أن المسألة مفروضة أعم من هذا ، ولا بعد في ذكر بعض الأحكام المختصة
ببعض شعب المسألة ، وإنما لم تقبل شهادته عليه لتهمة ، فإنه إذا كان البائع
ثبت له على الشريك حرك الثمن واستحقاق حياز العبن أو الرؤية ، وبحود ذلك
بشروطه وبالجمله فشهادته بالانتقال عنه بالبيع تقتضي ثبوت سلطة البائع على
المشتري ، وذلك يجزئ نفعاً ويوجب التهمة فلا نسمع .

قوله : (وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع) .

ولو ادعى الشريك الإيداع وأقاما بينة قُدمت بينة الشفيع ؛ لعدم
التنافي بين الإيداع والابتاع

أي : ليست الشفعة من حقوق العقد الثالث على النائع كخيار المجلس
حتى يقل فيها قول النائع ؛ لكونها قراراً على نفسه أو حق يقل فيها شهادته ،
ولانتفاء جر النفع ؛ وإنما الشفعة حق ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع
وليست من حقوقه .

قوله : (ولو ادعى الشريك الإيداع وأقاما بينة قُدمت بينة الشفيع ؛
لعدم التنافي بين الإيداع والابتاع)

هذا معطوف على قوله : (وادعى) لشريك الارث) أي ، ولو ادعى أحد
الشريكين على من يملك الشقص الآخر انك قد اشتريته فاستحق أحده بالشفعة ،
فأجاب بأنه في هذه بحكم الإيداع من ماله ، فقول المصنف : (وادعى
الشريك) لا يحلوا من تسمع ؛ لأنه لم يتحقق كونه شريكاً وهو يدعي كونه
مستودعاً ، ولو كان شريكاً لكنت دعواه كونه مستودعاً مما لا تقبل^(١) ، وكأن
المصنف توسع في إطلاق اسم الشريك عليه باعتبار كونه صاحب يد ظاهرها
يقتضي الملك ولزعم المدعي انه شريك ، ولذا أقام بينة بان أقام المدعي بينة
بالشراء والمدعي عليه بينة بالإيداع فلا يحلوا . أما أن تكون كل منهما مؤرخة أو
أحدهما وهو صورتان ، أو لا تكون واحدة منهما ، وعلى التقديرين فلا يحلوا :
أما أن تتعرض بينة الشراء إلى كون النائع باع ملكه وبينة الإيداع إلى كونه أودع
ملكه ، أو لا تتعرض واحدة منهما لذلك الملك أو الواحدة دون الأخرى وهو
صورتان فتحصل ست عشرة صورة يبين حكمها فيما سنذكره ، وذلك انه إذا لم
يحصل التعرض للملك في البيع والإيداع ، أو حصل فيهما معاً ، أو في الإيداع
وهو متقدم فلا مفاة بين البيتين ؛ لإمكان حصول البيع والإيداع معاً ، والإيداع
لا يتنافى البيع .

(١) في حق. لا يعقل.

نعم لو شهدت البينة بالابتیاع مطلقاً ، والأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تأريخ متأخر قبل : قُدمت بينة لإيداع ؛ لانفرادها بالملك ، ويكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعة ، والأحكام للشفيع .

أما اذا تقدم الإيداع فظهر ، فإن المودع قد يبيع ملكه على المستودع ولا يطلع بينة الإيداع على البيع فتشهد بالاستصحاب ، وكذا اذا لم يذكر البتة التاريخ ، أو ذكرته واحدة ولم تذكره لأخرى

ولو تقدم البيع فلا ممانعة ، إذ قد يدفع البائع المبيع الى المشتري بصورة الوديعة لمصلحة من خوف ظالم أو غيره ، وحيث لم يكن الإيداع مافياً للبيع وجب الحكم بالبائع ؛ لأن بيته لا معارض له كما حققناه

قد يقال : هذا ينافي كون الإيداع مستعملاً في حقيقته ، فإن ذلك لا يعد وديعة حقيقة فالتعارض بحاله .

فنقول : وإن كان كذلك إلا أن الإيداع عقد جائز يكفي فيه مجرد الفعل بخلاف البيع ، وربما ظن الشاهد الإيداع تعديلاً على بعض القرائن ، وربما تسامح فيه لكونه جائزاً غير ناقل للملك بخلاف البيع فانه أبعد عن ذلك .

إذا عرفت هذا فنقول المصنف . (قُدمت بينة الشفيع) غير حسن ؛ لأن تقديمها على بينة أخرى فرع التعارض ولا تعارض هنا ؛ لعدم التنافي كما ذكرنا ، مع أن التقديم لا ربط له بقوله لعدم تنافي بين الإيداع والابتیاع .

قوله : (نعم لو شهدت البينة بالابتیاع مطلقاً ، والأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تأريخ متأخر قبل قُدمت بينة الإيداع ؛ لانفرادها بالملك ويكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعة والأحكام للشفيع) .

هذا في قوة الاستثناء من الذي قبله لا قوله . (وأقاما بينة قُدمت بينة الشفيع) ظاهر الإطلاق في جميع الصور فاستثنى منها هذا وما بعده . وتحقيقه : أن بينة الابتیاع اذا لم تتعرض لكون البائع قد باع ملكه بل شهدت

بالبيع فقط ، وشهدت بيعة لايداع بكونه قد أودع ملكه في تاريخ متأخر . عن تاريخ البيع فتكون البيعتان معاً مؤرحتين ، مؤرح بيعة البيع يوم الجمعة الفلاني وبيعة الايداع يوم السبت السي هو بعده ، فقد قيل : تقدم بيعة الايداع والقائل بذلك هو الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) ، ووجهه : انفرادها بذكر الملك فلا يحتمل أن يكون المودع غير مملوك ، ويمكن أن يكون البيع لغير المملوك فإطلاقه اضعف من الودعة المقيدة بصورها عن المالك ، وبه نظر فإن هذا إنما يستقيم إذا كان المودع غير من شهدت البيعة الأخرى بكونه نائماً ، فإنه إذا كان واحداً كان مالكا لا محالة فلا يحتمل بيعه ما ليس بمالك له ، فلا يستقيم ما ذكره على إطلاقه ، إنما يستقيم إذا استندت كل واحدة منهما ما شهدت به إلى غير ما استندت إليه الأخرى

قد يقال على الظن : إن البائع والمودع وإن اتحد فإن الاحتمال محال في هذه الصورة ؛ لا يمكن أن يبيع وهو غير مالك ثم يملك مودع ، فإذا تحقق ذلك يكتب المودع وهو من ادعى صاحب اليد أنه أودعه وشهدت البيعة بإيداعه - ملكه بالصورة ؛ لأن اليد له حيث يدعى برعم المدعى عليه وبيته ، فإن صدق فلا شعبة ويكون بمرلة ما لو شهدت إحدى البيعتين لواحد بالملك والأخرى بالتصرف فإن الملك أقوى ، وإلا - أي : وإن لم يصدق ذلك - حكم للشفع ؛ لانقضاء حقه بتكذيب بيته فنسقط فتقضى بيعة الشفع بعير معارض فيجب العمل بها .

فإن قيل : إن الشراء المشهود به قد نزل على الأعم من الشراء من المالك ، فكيف يعمل بها بعد التكذيب

قلنا : كان الحمل على خلاف الظاهر ؛ لوجود المعارض الذي لا يقبل خلاف الظاهر .

(١) المبسوط ٣ : ١٢٩ .

ولو شهدت بيعة الشفيع أن البائع باع وهو ملكه ، وبيعة الإيداع مطلقاً
قضي للشفيع من غير مراسلة ؛ لانتفاء معناها .

إذا عرفت هذا فاعلم أن ظاهر حكاية كلام المصنف : قوله : (قيل) يدل
على استضعافه إياه ، ولا ريب في صحته ؛ لأن البيعة بإيداع الملك لا ينفي
البيع ، لأن الشهادة بالملك يكفي فيها الاستناد إلى العلم بالملك في زمان
متقدم ، وعدم العلم بالمزيل الطارئ وعدم العلم به لا يدل على عدمه ،
فحيث بيعة الشراء تشهد بأمر زائد لا تعارضه الأخرى فيه فيجب الحكم بها ،
وهو الأصح .

قوله : (ولو شهدت بيعة الشفيع أن البائع باع ما هو ملكه ، وبيعة
الإيداع مطلقاً قضي للشفيع من غير مراسلة ؛ لانتفاء معناها) .

هذه عكس الأولى في العرض والقضاء هنا للشفيع قطعاً ولا مراسلة ؛
لانتفاء معنى المراسلة - أي : فائدتها - فإنه لو صدقه لم يحكم ببيعة الإيداع ؛
لوجود المعارض الأقوى .

واعلم أن التعرض لهذه المسألة غير محتج ؛ لأن حكمها مستفاد من قوله
في المسألة الأولى : (قدمت بيعة الشفيع) من مقتضاه ذلك في جميع الصور ،
وأكد قوله في المسألة التي بعدها (نعم) لأنها في الاستدراك
والاستثناء ، فإن ذلك يشعر بدخولها فاستشده لمخالفة حكمها حكم الباقي ولا
مخالفة في هذه ، على أن عطف الأخيرة عليها يوهم كون الأخيرة مستثناة
أيضاً ، وهو فاسد ؛ لانتفاء المخالفة في الحكم .

وفي العبارة مناقشات أخر نبها عليها :

الأولى : في قوله (ولو ادعى الشريك الإيداع) فإن الشريك قد يكون
مستودعاً وقد اعتذرنا له عنه .

الثانية : في قوله : (قدمت بيعة شفيع) فإنه لا تعارض فلا معنى

ويطالب مدعي الشفعة بالتحريير ، بأن يحدد مكان الشقص ، ويذكر قدره ، وكمية الثمن .

للتقديم ؛ لأنه لا ربط بين وبين قوله : (لعدم التناهي حيثل) في حكاية قول الشيخ قدمت بينة الايداع ويكتب المودع فإن صدق بطلت الشفعة وإلا حكم للشفع ، فإن الحكم للشفع يدمي تقديمها بل ترتب عدم الشفعة على تصديقها ينافي تقديمها .

وكان الأولى أن يقول : قبل يكتب المودع فإن صدق حكم بينة الايداع ؛ لأنها أقوى الى آخره وفي قوله : بطلت الشفعة تجوز ظاهر ، إذ لم تثبت شفعة لتبطل .

قوله : (ويطالب مدعي الشفعة بالتحريير بأن يحدد مكان الشقص ويذكر قدره وكمية الثمن)

لا بد من مطالبة مدعي الشفعة بالتحريير الدعوى فإن الدعوى غير المحررة لا تسمع وتحريرها بان تحدد مكان الشقص اي يذكره ما يميزه عن غيره سواء كان يذكر حدوده ام لا فليس المراد من تحديد ذكر الحدود لان شهرته باسم او وصف قد يكون اظهر في تميزه من ان يحتاج الى تحديد وانما قال تحدد مكان الشقص لان الشقص شائع فلا يمكن تحديده الا بتحديد المجموع وانما اشترط التميز لان الدعوى بالشيء الغائب عن محبس الحكم لا بد من تميزه عن غيره والا لم تسمع الدعوى به لتعذر الحكم ولا بد من ان يذكر قدر الشقص لان ذلك من جملة التميز ولا بد من ذكر كمية الثمن لتعذر الشفعة من دون معرفة الثمن .

ولقائل ان يقول ان الدعوى باستحقاق الشفعة في شقص من المكان المعين المحدود لا يتوقف على معرفة قدر الشقص وكمية الثمن لامكان الحكم بالشفعة في الجملة كما يصح الدعوى في المال المجهول والحكم باستحقاقه ثم يعين وجوابه ان الثمن لو كان مجهولا في الواقع وقدر الشقص انتفت الشفعة فكيف يمكن الحكم باستحقاقها من دون تعيينها بخلاف استحقاق المال

فإن قال الخصم : اشتريته لفلان سئل فإن صدق ثبتت الشفعة عليه .

وإن قال : هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة اليه ، وإن كذبه حكم بالشفعة على الخصم على اشكال ، وإن كان المنسوب اليه غائباً انتزعه الحاكم ودفعه الى الشفيع الى أن يحضر الغائب ، ويكون على

المجهول فالعلم به غير شرط في الاستحقاق بخلاف الشفعة .

قوله : (فإن قال الخصم اشتريته لفلان سئل فإن صدق ثبت الشفعة عليه وإن قال هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة اليه) .

هذه من شعب ما اذا ادعى الشريك الشفعة على من بيده الشقص فتارة اجاب بكونه وارثاً وتارة بكونه مستودعاً وهنا جاب بكونه امتهن لغيره فاراد بالخصم من بيده الشقص فسماء في المسائل السابقة شريكاً ثم المنسوب اليه الشراء لاجله اما ان يكون مولياً عليه بالنسبة الى المشتري او بالغاً او عاقلاً والثاني اما ان يكون حاضراً او غائباً وحكم الحاضر مذكور هنا وهو انه يستل لامكان مراجعته بغير امتداد زمان وحصول ضرورة فلا يتسلط على ملكه بدون ذلك فان صدق فلا بحث وإن قال هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة اليه لان يد الاول فرع يده وهل يؤثر اقرار الاول بالشراء الظاهر لا ، لانه اقرار على الغير فحيث يسعى في الاثبات ان امكنه .

قوله : (وإن كذبه حكم بالشفعة على الخصم على اشكال)

ينشأ : من اقراره بالشراء الموجب لشفعة حيث أنه اقرار على ما في يده ، ومن نفى الملك عن نفسه ، والأقرب الحكم بالشفعة لاقراره بالشراء حيث كان مسموعاً إذ لم يقر بالملك للمير قبله ، واندفاع الاقرار به للغير بتكذيبه فيدفع الثمن الى الحاكم الى أن يظهر مالكة

قوله : (وإن كان المنسوب اليه غائباً انتزعه الحاكم ودفعه الى

حجته اذا قدم .

وإن قال : اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمال ثبوت الشفعة ؛ لأنه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه ، والعدم ، لثبوت الملك للطفل .
والشفعة ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه ،

الشفيع الى أن يحضر العائث ويكون على حجته اذا قدم) .

هذا حكم الغائب ، وإنما يتزعه الحاكم ها ويدفعه الى الشفيع ؛ لأن انتظاره الى أن يقدم^(١) الغائب فيه تأخير لحقه المقتضي للصرر بخلاف الحاضر ، ولأنه لولا ذلك لالتحا كل شئ في دعوى الشراء للغائب ليسقط حق الشفيع ، وبأخذ الحاكم الشئ الى أن يحضر العائث وهو على حجته ، أي لم يحكم عليه بالشفعة بحيث لا تسمع حجته بعد ذلك ، بل يقول : اما أن يكون مصدقاً فلا بحث ، أو يقول : هو ملكي لم اشتره فالحصومة معه ، أو يكذب بالحكم ما سبق .

قوله : (وإن قال : اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمال ثبوت الشفعة ؛ لأنه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه ، والعدم ؛ لثبوت الملك للطفل ، والشفعة ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه) .

هذا حكم ما اذا كان المسروب اليه مولياً عليه للمقر^(٢) ، وذكر فيه احتمالين :

احدهما : ثبوت الشفعة ؛ لأن الولي يملك الشراء للطفل فيملك الاقرار فيما يشتره ، فيكون الضمير في قوله : (فيه) راجعاً الى ما دل عليه الشراء فإنه يستلزم ملكاً يشترى ، ويمكن عوده الى الشراء ؛ لأن الشفعة من توابع الشراء فيكون الاقرار بها اقراراً في الشراء ، ولا يخلو من تكلف ثم في هذا التوجيه

(١) في «م» يواصل

(٢) في «هـ» للغير .

فإن اعترف بعد اقراره بالملكية للغائب أو لطفل بالشفعة لم تثبت الشفعة .
ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب
الشراء من الغائب فصدة احتمل ثبوت الشفعة ؛ لأنه اقرار من ذي اليد ،

نظر ؛ لأنه لو صح هذا لوجب أن يملك الاقرار بالشفعة بعد اقراره بكون الملك
للطفل ، وسيأتي التصريح بخلافه ان شاء الله تعالى

والثاني : العلم ؛ لثبوت الملك للطفل ، والشفعة فيه ايجاب حق في مال
الصغير باقرار وليه فلا ينفذ ؛ لأنه اقرار على صغير ، وفيه نظر ؛ لأننا لا نسلم انه
اقرار على الطفل بل هو اقرار على ما في يده ، فإنه اقرار بالشراء ويكونه للطفل
حيث كان ظاهر حال يده يقتضي كونه مالكا ، فما أن يسمع واحد من الأمرين أو
يسمعا معاً ، والأصح ثبوت الشفعة ، لما ذكره من الاحتمال هنا مع الجزم
بالحكم في الغائب لا وجه له أصلاً .

قوله : (فإن اعترف بعد اقراره بالملكية للغائب ، أو للطفل بالشراء
لم تثبت الشفعة) .

أي : لو اعترف من يده الشقص على لمدعى عليه بالشفعة بالشراء بعد
اقراره بكونه مملوكاً للغائب أو للطفل ، بأن قد صدق ادعى عليه الشريك
بالشفعة : هذا ليس ملكاً لي بل هو ملك لعلان الغائب أو لمحجوري فلان
اشرئته له لم تثبت الشفعة ؛ لأن اقراره بالشراء بعد اقراره بالملك للصغير اقرار في
حق الغير فلا يسمع ، بخلاف ما اذا اقر بالشراء ابتداء ؛ لأن الملك ثبت بذلك
الاقرار فثبت جميعه .

ولا يخفى عليك تعلق الجار في قوله (بالملكية) بالاقرار في قوله :
(بعد اقراره) ، والباء في قوله : (بالشراء) بقوله . (اعترف اي اعترف
بالشراء) بعد اقراره بالملكية الى آخره .

قوله : (ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة
الغائب الشراء من الغائب فصدة احتمل ثبوت الشفعة ؛ لأنه اقرار من ذي

وعلمه ؛ لأنه اقرار على الغير ، فإن قُدِّم الغائب وانكر البيع قُدِّم قوله مع اليمين ، وانتزع الشقص وطالب بالأجرة من شاء منهما ، ولا يرجع أحدهما على الآخر .

اليد ، وعلمه ؛ لأنه اقرار على الغير) .

يضعف الأول : بأن اقرار ذي اليد مسموع حيث لا يكون اقراراً على الغير ، وذلك إذا لم يعلم كون المالك للغير ، أما إذا علم فهو اقرار على الغير لا معالة ، لكن يشكل بشيء : وهو أن من بيده مال للغير مصدق في دعوى الوكالة بغير خلاف ، ويجوز الشراء منه والتصرف تعويلاً على قوله . وكذا لو ادعى الشراء من المالك تسمع فلا تثبت الشفعة بدعواه الشراء مع الحكم بنفوذ ، وقوى في التحرير ثبوت الشفعة

والذي يخطر بالبال أنه إن كان المراد بثبوت الشفعة - انتزاع المحاكم الشقص وسلمه إلى المدعي - كما هو المتبادر من ذكر الدعوى - فهو مشكل ، والظاهر العدم ؛ لأن محرد دعوى الشراء ممن بيده مال الغير لا يقتضي الثبوت شرعاً ، وليس المراد بجواز الشراء منه لو ادعى الوكالة : الحكم بالوكالة ، وإن كان المراد - جواز أخذ المدعي ذلك بدعوى من بيده المال - الشراء فليس يبعد ، كما يجوز له الشراء منه والانتهاج ونحوهما من التصرفات ، ثم يكون الغائب على حجة .

قوله : (فإن قُدِّم الغائب وانكر البيع قُدِّم قوله مع اليمين وانتزع الشقص ، وطالب بالأجرة من شاء منهما ، ولا يرجع أحدهما على الآخر) .

لا ريب أن أجرة ما فات من المافع في يد مدعي الشراء لا يطالب بها الأخذ بالشفعة ، أما ما فات في يد الأخذ فإنه مخير في المطالبة به لكل منهما ،

ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر إلى البينة ، وفي القضاء له بالبد اشكال ،

فإن رجع على مدعي الشراء لم يرجع على الآخر بالشفعة ؛ لاعتراحه بأن المنافع حقه وأن المطالبة ظلم . وإن رجع على الآخر لم يرجع على مدعي الشراء ؛ لأن الآخر قد صدّقه بدعواه الشراء ، والشفعة على كون العايب ظالماً بالمطالبة بعوض المنافع والمظلوم إنما يطالب ظالماً . نعم لو غرّه من أول الأمر بدعواه الشراء ، ولم يصدر منه ما يقتضي تصديقه كان له الرجوع على أصح القولين من أن المغرور يرجع بما اعترف مما حصل له في مقابلته نعم ، وفي التحرير قال : فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع لتبطل المدعى فيه ، وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد^(١) ، وفيه نظر يعلم مما ذكرناه .

قوله : (ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر إلى البينة وفي القضاء له بالبد اشكال)^(٢) .

أي . لو أنكر المشتري كون مدعي شفعة شريكاً ، بأن نفى ملكيته للشفيع الآخر افتقر إلى البينة على دعواه ، إن لم يكن صاحب يد قطعاً ، وهل يقضى له بالبد لو كان صاحب يد؟ فيه اشكال ينشأ من دلالتها على الملك شرعاً وهو سبب ثبوت الشفعة ، ومن أن دلالتها ضعيفة ؛ لأنها إنما تدل ظاهراً بمعنى أنه لا ينتزع الملك من ذي اليد بمجرد الدعوى ، وعدم الاحتياج إلى البينة من طرفه ، فأما له استحقاق انتزاع ملك لغير الذي هو على خلاف الأصل فيتوقف على قاطع ، لأن للبد المحتملة حينئذ معارضة وهو حق المشتري .

ويضعف بأن ما نصّب الشارع دليلاً على لملك يقتضي ثبوته فترتب عليه جميع توابع الملك ومن جعلتها الشفعة ، وكون دلالتها على الملك إنما هو ظاهر غير قاطع ؛ لأن الأحكام الشرعية كلها حربية على الظاهر ، وهكذا الحال

(١) التحرير ٢ . ١٥٠

(٢) هذا القول والذي بعده مع شرحيهما لم يردا في نسخة فقه .

فلو قضي له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعي الكل باليمين لم تكن له الشفعة لو باع مدعي الكل ، إلا بالبينه إن لم نقض باليد .

ولو ادعى كل من الشريكين السابق في الشراء سمع من المدعي أولاً ، فإن لم تكن بينه حلفنا المنكر ، فإن نكل حلفنا المدعي وقضي له ، ولم تسمع دعوى الآخر ، لأن خصمه قد استحق ملكه .

في البينة وغيرها من اسباب الملك وحق المشتري خير معارض ، لأن الشريك متى ثبت ملكه شرعاً كان حقه مقدماً بالنص^(١) والاجماع ، والأصح القضاء بها ، وهل يستحق احلامه الطاهر نعم ، أما اذا ادعى كون ما بينه له فظاهر ، وأما اذا لم يدع الملك لنفسه وإنما اقتصر على نفيه عنه فلا جرائه مجرى الدعوى

قوله : (فلو قضي له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعي الكل باليمين لم تكن له الشفعة لو باع مدعي الكل إلا بالبينه إن لم نقض باليد) .

أي : حيث كان كذلك ، فلو قصى لذي اليد بالنصف الذي ادعاه وهو في يده مع يد مدعي الكل ، على أن المجموع في يدهما باليمين لكونه داخلياً ومنكراً لم تكن لمدعي النصف الشفعة في النصف الآخر اذا أحدث شراؤه ، إلا بالبينه إن قلنا بأن اليد لا تكفي في ثبوت استحقاق الشفعة ، وقد سبق دليل المسألة وما هو المختار ، والعارة لا تخلو من شيء .

قوله : (ولو ادعى كل من الشريكين السابق في الشراء سمع من المدعي أولاً ، فإن لم تكن بينه حلفنا المنكر ، فإن نكل حلفنا المدعي وقضي له ولم تسمع دعوى الآخر ، لأن خصمه قد استحق ملكه) .

أي : لو ادعى كل من الشريكين على الآخر سبق في الشراء ، وأنه

(١) التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٥ و ٧٢٦ .

يستحق الشفعة عليه لم يمكن سماع الدعويين معاً لما سيأتي في القصاء إن شاء الله تعالى ، بل إن سبق أحدهما بالدعوى سمع منه، وإن ابتدأ معاً فإن أن يسمع من الذي عن يمين صاحبه ، أو يقرع على ما سيأتي إن شاء الله .

فإن كان للمدعي بيعة حكم له إن نهضت حجة ، وإلا حلفا المكر ثم سمعنا دعوى الثاني على الأول : فإن انكر حلف وسقطت الدعويان ، فإن نكل حلف الثاني وقضي له وهذا إذا حلف المكر في الدعوى الأولى ، فإن نكل ردت اليمين على المدعي الأول ، فإذا حلف استحق الشفعة ولم تسمع دعوى الثاني ؛ لأن خصمه قد استحق ملكه . ولأن لو سمعنا للمدعي الأول الحكم بطلاق القصاء الأول إن رثا على البيعة الثانية أو اليمين لمردودة ثانياً مقتضاها وإلا لم يكن لهما فائدة أصلاً ، ومثله ما لو أقام المدعي الأول البيعة وقضي بها ، فإن قلت : ظاهر قوله فيما تقدم (لو ادعى كل منهما الحق تحالفا) سماع الدعويين معاً ، وثبوت اليمين لكل منهما على صاحبه ، وهو مناف لما ذكره هنا ، وفي التذكرة^(١) ، والتحرير^(٢)

قلت : ليس المراد من قوله (تحالفا) ذلك ، بل المراد سماع الدعوى من أحدهما على حسبما يقتضيه الحال من سبق وغيره ، فإذا حلف المدعى عليه سمعت دعواه على المدعي ، فإذا انكر وحلف تحقق تحالفاً ، وهذا هو المراد لا التحالف المذكور في البيع والجمالة ولاجارة وغيرها ؛ لأن المتنازع فيه هناك شيء واحد وهو الثمن والأجرة ، وكل منهما مدع ومدعى عليه فيه ، بخلاف ما هنا فإن المتنازع فيه شفعة أحدهما على الآخر وشفعة الآخر عليه وهما شيان مستقلان ، فلا تكون الدعوى بهما واحدة فلا يمكن سماعهما دفعة واحدة ، بل لا بد من تقديم من يجب تقديمه .

(١) التذكرة ١ : ٦٠١

(٢) التحرير ٢ : ١٥١ .

ولو اختلف المتبايعان في الثمن وواجبنا التحالف أخذه الشفيع بما حلف البائع ، لا بما حلف المشتري ؛ لأن للبائع فسخ البيع فإذا أخذه بما قال المشتري منع منه ، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري ، فإن عاد المشتري وصدق البائع وقال : كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه ؟ الأقرب ذلك .

فإن قلت قد سبق أنهما إذا أقاما بينتين تساقطا ، أو يقرع على اختلاف القولين فكيف سمعت الدعويان واعتبرت البيتان؟

قلت : المراد عينا سبق فإنه إذا ادعى أحدهما ، أو كل منهما السابق وسمعنا دعوى واحدة منهما ، فأقام بيته بالسبق أقام الآخر - وهو المدعى عليه - بيته أخرى بكونه السابق من غير إنشاء دعوى متأنفه ، وقيل صدور الحكم والقضاء بالشفعة للمدعي - فإن البيته من المدعي عليه مسموعة هنا ؛ لأن كلا منهما مدعي سلطنة على ملك الآخر ، فله أن يدفعها عن نفسه بما يدل على ثبوت سلطنته عليه ، كما تسمع بيته المشتري إذا اختلف هو والشفيع في الثمن مع أن الشفيع هو المدعي كما حققناه ، وكما تسمع بيته البائع إذا اختلف هو والمشتري مع بقاء العين ، فإنه على المذهب المختار المدعي هو المشتري والبائع هو مكر ، فإذا أقاما بينتين تعارضتا ولا مرجح ، بخلاف ما هنا فإن المراد أن المدعي الأول إذا أثبت استحقاق الشفعة على الآخر بالبينة أو اليمين المردودة قضي له ، فلا تسمع دعوى الثاني حيث أنها تؤدي إلى ما يناهي ما قضى به الحاكم .

قوله : (ولو اختلف المتبايعان في الثمن وواجبنا التحالف أخذه الشفيع بما حلف البائع لا بما حلف المشتري ؛ لأن البائع فسخ البيع ، فإذا أخذه بما قال المشتري منع منه ، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري ، فإن عاد المشتري وصدق البائع وقال : كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه ؟ الأقرب

ذلك) .

لو اختلف المتبايعان في الثمن وقدمنا فور البائع يمينه مع بقاء العين وهو الأصح فقد سبق حكمه ، ولو قلنا بالتحالف أخذ الشفيع بما حلف عليه البائع ، لأن ما حلف عليه المشتري : إما أخذه بالشفعة ، فلأنه قد ثبتت بالبيع واستحقها الشفيع فلا يسقط بما يطرا من المتبايعين مما يقتضي الفسخ كما بينا غير مرة ، وإما أخذه بما حلف عليه البائع ، لأن البائع بعد التحالف يفسخ البيع ، أو لأنه قد فسخه على اختلاف المسحة ، وما كان ذلك إلا حذراً من دفع المبيع بما قال المشتري ، فلو أخذه الشفيع بما قال المشتري لم يكن ليمين البائع وفسخه فائدة فيسمع منه .

والضمير في قوله : (منع منه) . إن كان الفعل معلوماً يعود إلى الأخذ ، وإن كان مجهولاً يعود إلى البائع ، وفيه نظر فإن فائدة اليمين والفسخ يجوز أن تكون دفع استحقاق المشتري أخذ المبيع بما قاله وهو متحقق ، ثم إن البائع إنما يحلف على نفي ما يدعيه المشتري واليمين بنفي شيء لا يكون لاثبات غيره ، نعم لو قلنا : إنه يحلف يميناً جامعة بنفي والاثبات امكن .

وقد صرح المصنف فيما مضى أن الشفيع يأخذ من البائع هنا فيكون الدرك عليه ، مع أن باقي المواضع التي طرأ فيها الفسخ حكموا بأن الأخذ فيها من المشتري والدرك عليه ، وأوجبوا عليه قيمة الشقص للبائع ، وكان حقه أن يكون ها هنا كذلك عملاً بما ثبت ، وحينئذ ليكون الأخذ بما قاله المشتري ، وأي فرق بين هذه ، وبين ما إذا ظهر عيب في الثمن المعين ففسخ البائع .

لا يقال : هنا اندفع الثمن الذي ادعاه المشتري بيمين البائع ، والفسخ هنا بحكم الشارع بحلاف ما هناك .

لأننا نقول : اندفع في حق البائع لا مطلقاً ، وكون الفسخ بحكم الشارع

لا تأثير له ، على أن فيه خلافاً ، فقد قيل إن البائع يفسخ .

إذا تقرر هذا ، فإن رصي المشتري بأخذه بما قال الساع جبار ، قال الشارح : إن هذا قبل تمام التحالف^(١) ، وهو محتمل ؛ لأنه بعد التحالف يفسخ البيع أو يفسخ فلا بد من بيع آخر ، وعلى هذا فيملك الشفيع أحده بما قال المشتري مؤاخذه له بقوله الذي لم يرجع عنه ، فإن عاد المشتري وصدق البائع على أن الثمن هو ما ادعاه ، وقال : كنت غلطاً فهل للشفيع أحده بما قاله أو لا ؟ الأقرب ذلك مؤاخذه له باقراره . ويحتمل بما قاله ثانياً ؛ لدعواه الغلط وهو أمر ممكن ، وليس بشيء ؛ لأن الرجوع عن الاقرار لا يسمع ، وقد اعترف بأن دعوى البائع الريادة ظلم .

واعلم أن الشارح تولى كلام المصنف على ما إذا لم يكمل التحالف بأن حلف المشتري ولم يحلف البائع ، وكأنه تجاوز المصنف^(٢) البيع بالتحالف ؛ لأنه حينئذ يأخذ من البائع فيكون بما قل . كما قرره المصنف والشارح الآخر . أجرى المحكم الذي ذكره المصنف على ما إذا وقع التحالف ثم رجع المشتري إلى الأخذ بقول البائع ، وهو ممكن إذ لا منافاة بين التحالف والأخذ من يد المشتري بما قاله المشتري ، نعم إن انفسح البيع لم يبق للمشتري استحقاق الأخذ بالشراء وإن ملك الأحده ليسلم إلى الشفيع ويكون الدرك عليه .

قال : وقول المصنف : (بما حلف عليه) فيه تساهل ؛ لأنه يحلف على نفي ما ادعاه البائع لا على ما يدعيه هو .

قال : وعلى القول بانتفاء الشفعة مع التحالف والتفاسح .
يرجع بما قال ثانياً ، أي : يرجع الأحده .

(١) إصلاح الموائد ٢٢٩ .

(٢) في ٣٣ : يحذر من التفاسح .

ولو ادعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل .
 فإن عفا وأعاد الشهادة لم تقبل ؛ لأنها ردت للثمة
 ولو شهد ابتداءً بعد العفو قبلت ، ولو ادعى عليهما العفو فحلفا تثبت
 الشفعة .

ولو نكل أحدهما : فإن صدق الحالف التاكل في عدم العفو فالشفعة

قال : لأن قوله الثاني سبب في ثبوت لشفعة ، وثبوت الفرع ينافي نفي
 الأصل^(١) .

ولقائل أن يقول . قوله الثاني سبب في ثبوت الشفعة ، لكن لا يتعين
 الأحد بالثمن الذي رجع إليه ؛ لما قلناه من عدم سماع تكليبه بإقراره .

واحتراز المصنف بقوله : (كسب غلط) عما لو اكذب نفسه فإنه لا يسمع
 أصلاً ، ولما كان المول بالتحالف بخلاف المختار سقطت هذه المسائل

قوله : (ولو ادعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم
 تقبل) .

لأن ذلك يجزئ نعماً إليه ؛ لأنه يستحق لأحد للجميع على تقدير ثبوت
 العفو .

قوله : (فإن عفا وأعاد الشهادة لم تقبل ؛ لأنها ردت للثمة)
 فيستصحب .

قوله : (ولو شهد ابتداءً بعد العفو قُست) .

إذ لا مانع حينئذ ؛ لأنه كالأجنبي .

قوله : (ولو ادعى عليهما بالعفو فحلفا تثبت الشفعة ، ولو نكل

لهما ، ويأخذ الناكل بالتصديق لا يمين غيره ودركه على المشتري .
 وإن كذبه أحلف الناكل له ،

أحدهما فإن صدق الحالف الناكل في هدم العفو فالشفعة لهما) .

أي : لو ادعى المشتري على وارثي الشفعة بالعفو فأنكر وحلف تثبت الشفعة ، ولو نكل أحدهما وحلف الآخر : فإن صدق الحالف الناكل في أنه لم يعف عنه فالشفعة لهما ؛ لأن الحالف قد استحقها بيمينه فإذا صدقه على عدم العفو كان اقراراً باستحقاقه بعض ما ثبت ، لم يحتج بأحد باقرار الحالف لا بيمينه ، فلا يلزم أن يستحق بيمين غيره ، وإلى هذا أشار بقوله : (ويأخذ الناكل بالتصديق لا يمين غيره) المستحسن جواب عن سؤال مقرر .

قوله : (ودركه على المشتري)

أي : درك ما يأخذه الناكل على المشتري ؛ لترتب يده على يد المشتري وإن كان سببه اعتراف الشريك الآخر ويحتمل عدمه ؛ لانصرافه عن المشتري بنكوله فلا يرجع الدرك عليه ، ويضعف بأنه لا منافاة بين انصراف الاستحقاق عن المشتري بالسكول ، وثبوت الدرك بسبب ترتب يده على يده .

قوله : (وإن كذبه أحلف الناكل له) .

أي : إن أكذب الحالف الناكل في كونه لم يعف أحلف الناكل لهذا الحالف على عدم العفو ليستحق لشفعة ؛ لأن دعواه استحقاقه الأخذ منه غير دعواه استحقاق الأخذ من المشتري .

ولفائل أن يقول : هذا إنما يتم على القضاء بالنكول ؛ لأن الشفعة حق ثبت للشريك فلا يسقط بمجرد دعوى العفو على المستحق ونكوله ، بل يرد اليمين على المشتري ليحلف على العفو فيسقط استحقاقه الأخذ منه .

وقال المصنف في التذكرة ما يقتضي دفع هذا السؤال : إن المشتري إنما

ولا يكون النكول مسقطاً ؛ لأن ترك اليمين عذر على اشكال ، فإن نكل
قضى للحالف بالجميع ،

لم يحلف مع نكول المدعى عليه بالعفو ؛ لأنه اذا حلف استحق الآخر يمينه
الشفعة كلها ولم يتفع المشتري باليمين^(١)

قوله : (ولا يكون النكول مسقطاً ؛ لأن ترك اليمين عذر على
اشكال) .

ينشأ : من أنه قادر على الأحذ باليمين فلذا ترك فقد أحرع مع القدرة فتسقط
لأنها على الفور ، ومن ترهب الشارع من اليمين وترهبه في تركها ، وقد ذم الله
سبحانه الحلف في الكتاب العزيز لشدة اليم^(٢) فلا يكون تركها تراخياً عن
الأحد مباح للفور ، ولأنه قد سبق أن المسقط للشفعة هو كلما ينافي الفور
عادة ، وليس هذا منافياً في العادة ، ولأنه لو تمكن مدعي الشفعة من اثباتها
بالينة فترك اليمين الى حين احضار البينة الحاضرة في البلد الى مجلس الحكم
لم يعد تراخياً ، وفيه قوة .

قوله : (فإن نكل قضي للحالف بالجميع)

أي : فان نكل الناكل أولاً عن اليمين لدعوى المشتري قضي للحالف
بالجميع ، وفيه نظر ، بل لا بد من رد اليمين عليه فيحلف انه عفا ويستحق
الجميع إلا على القضاء بالنكول ، وقد نبه على ذلك في التذكرة حيث قال :
وإن ادعى انه عفا حلف هو مع نكوله وتثبت لشفعة كلها له ، ثم قال : فإن عفا
هذا الحالف بعد يمينه كان للمشتري أن يحلف مع نكول الآخر ؛ لأنه الآن
تسقط الشفعة عنه^(٣) .

(١) التذكرة ١ : ٦٠٣ .

(٢) سورة القلم : ١٠ - ١٥ .

(٣) التذكرة ١ : ٦٠٣ .

وإن شهد اجنبي بعفو أحدهما فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة ،
وإلا أخذ الآخر الجميع .

ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت .

قوله : (وإن شهد اجنبي بعفو أحدهما فإن حلف بعد عفو الآخر
بطلت الشفعة ، وإلا أخذ الآخر الجميع)

أي: إن شهد اجنبي من الشفعة بعفو أحدهما فلا سد مع شهادته من
اليمين ، فإن حلف المشتري مع شهادة بعد عفو الآخر بطلت الشفعة كلها بالعفو
من أحدهما والشاهد مع اليمين على جميع الآخر ، وإن لم يعف حتى يحلف
المشتري استحق الذي لم يعف جميع الشفعة .

ولفائل أن يقول: لا فائدة في يمين المشتري هذه فلا يحلف؛ لأن
الاستحقاق يرجع إلى الآخر ، وإن لم يكن مائماً لم يمسح هناك فيبقي تحصيل
الفرق أو الاعتراف بالمساواة وفي حواشي شيخنا الشهيد : وتكون فائدة يمينه
مع الشاهد دفع درك المشهود عليه لو شاركه المحالف .

قلت : يجيء مثله في صورة الكول بغير فرق .

قوله : (ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت) .

لانتفاء التهمة ، وفي وجه لا نقلي؛ لأنه ربما توقع العود إلى العين لسبب
ما ذكره في التذكرة^(١) ، وفيه قوة ولو كانت قبل قبض الثمن لم تقبل قطعاً؛
لأنه يجبر إلى نفسه نفماً ، وذلك لأنه إذا افسس المشتري فإنه يرجع إلى المبيع
على تقدير عدم أخذ الشفيع إياه ، به على ذلك كله في التذكرة^(٢) ، ولا يخفى
أن نحو هذا محتمل على التقدير الأول .

(١) التذكرة ١٠٣ .

(٢) التذكرة ١٠٣ .

ولو قال أحد الوارثين للمشتري . شراؤك باطل ، وقال الآخر : صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة ، وكذا لو قال : إنما اتهمته أو ورثته ، وقال الآخر : اشتريته .

ولو ادعى المتبايعان غصبية الثمن المعين لم ينفذ في حق الشفيع ، بل في حقهما ، ولا يمين عليه إلا أن يدعي عليه العلم

ولو أقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة ، وعلى المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه ، ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع ويدعي

قوله : (ولو قال أحد الوارثين للمشتري . شراؤك باطل ، وقال الآخر : صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة وكذا لو قال : إنما اتهمته أو ورثته ، وقال الآخر : اشتريته) .

لأن الأول قد اعترف بما يقتضي حكم الشفعة فيمضي في حقه

قوله : (ولو ادعى المتبايعان غصبية الثمن المعين لم ينفذ في حق الشفيع بل في حقهما) .

لأن اعترافهما بصدور البيع يقتضي شفعة ؛ لأنه محمول على الصحيح فدعواهما ما ينافي الشفعة بعد لا تسمع ، بل بعد ذلك في حقهما خاصة فيجب دفع ذلك الثمن المعين إلى المقر له ، ولا يكون النماء قبل الأخذ بالشفعة للمشتري ويأخذ الشفيع من المشتري والدرك عليه .

قوله : (ولا يمين عليه إلا أن يدعي العلم) .

لأن ذلك فعل الغير فيحلف لنفيه .

قوله : (ولو أقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة) .

لاعترافه بفساد البيع .

قوله : (وعلى المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه ويبقى الشقص

وجوب رد الثمن والبائع ينكرهما ، فيشتري الشقص منه اختياراً ويتبارثان فللشفيع في الثاني الشفعة .

ولو أقر الشفيع والبائع خاصة رد البائع الثمن على المالك ، وليس له مطالبة المشتري ولا شفعة .

معه بزعم أنه للبائع ويدعي وجوب رد الثمن والبائع ينكرهما) .

وجهه : أن المشتري حيث عترف بغصبة الثمن ضمن قيمته للمقر له إن كان قيمياً ، ولا يمكن رد عليه لسبق تعلق حق البائع به فلا يقبل إقراره فيه ، ويبقى الشقص في يده بزعم أنه حق البائع ، ويدعي عليه أن الثمن المدعى عليه يجب رده على المشتري ؛ لأنه قد دفع إلى مالكه بزعمه عوضه فاستحقه ؛ إما ليدفعه ويسترد ماله لأنه دفعه للمحلولة ، أو لكونه عوضاً عنه والبائع ينكرهما .

وطريق الخلاص ما أشار إليه بقوله : (يشتري الشقص منه اختياراً ويتبارثان) .

وكيفية البيع إذا خشي البائع لزومه ما يتضمنه لفظ البيع بالقرار بالملك المقتضي لفساد العقد الأول أن يقول : إن كان هذا ملكي فقد بعته إياه بكذا . ولا يضر التعليق على شرط ؛ لأن هذا الشرط معتبر في نفس الأمر ، إذ لا يمكن صحة البيع بدونه فلا يعد ذلك تعديلاً فلا يكون مبيعاً ، ثم يُبرئ كل منهما ذمة الآخر مما له عنده ، وينبغي أن يقع التفاضل إذا حصلت شرائطه ، ولا يضر كون أحد العوضين للمقصوب منه بإقرار المشتري لتعذر الوصول إليه

قوله : (وللشفيع في الثاني أخذ الشفعة) .

أي : في البيع الثاني ؛ لاستجماعه للشرائط .

قوله : (ولو أقر الشفيع والبائع خاصة رد البائع الثمن على المالك ، وليس له مطالبة المشتري ولا شفعة)

ولو ادعى ملكاً على اثنين فصَدَقَ أحدهما فباع حصته على المصدق فإن كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة ، وإن نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة .

أما رد الثمن على المالك ؛ فلنفوذ إقراره فيه ، وأما أنه ليس له مطالبة المشتري ؛ فلأن إقراره لا ينفذ عليه . والمراد : أنه ليس له مطالبة بالشقص إذ لا يتوهم المطالبة بالثمن لاعترافه بما يقتضي فساد البيع ، وأما أنه لا شفعة فظاهر ؛ لاعتراف الشفيع بفساد البيع .

قوله : (ولو ادعى ملكاً على اثنين فصَدَقَ أحدهما فباع حصته على المصدق ، فإن كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة ، وإن نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة) .

أما الحكم الأول فلأنه قد نفى ما لا بد منه في استحقاق المكذب الشفعة وهو كونه مالكاً ، فإنه إذا لم يكن مالكاً لم يكن هناك بيع ، وأما إن نفى دعواه عن نفسه فقط ولم يتعرض لنفي أصل الميث فإنه يستحق الشفعة لحصول المقتضي لثبوتها ، والله أعلم بالصواب .



مرکز اسناد و کتابخانه ملی
جمهوری اسلامی ایران

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
	كتاب الأمانات و توابعه: الوديعة:
٧	تعريف الوديعة
٨	اشتراط الايجاب والقبول في الوديعة
٩	حكم ما لو أئلف الصبي الوديعة
١٠	حكم ما لو أئلف العبد الوديعة
١٢	مرجيات المضمان . الانتفاع
١٨	: الإبداع
٢٥	: التفصير في دفع المهلكات
٢٨	: المعاملة في كمية الخط
٣٥	: التضييع
٣٩	: الحذور
	أحكام الوديعة
٤٢	وجوب حفظ الوديعة على المستودع ، ووجوب ردها عن غالك
٤٣	فيها لو لم يطلبها المالك ويمكن المستودع من ردها
٤٤	حكم رد الوديعة عن الوكيل

- ٤٥ حكم مؤنة الوديعة
 ٤٦ فيها لو كان المودع خاصاً
 ٤٨ علم ابراء المهرط بالرد الى الحرز
 ٤٨ حكم ما لو أنكر المستودع الوديعة، أو ادعى التثب
 ٤٩ فيها لومات، المستودع ولم توجد الوديعة في تركته
 ٥٢ تصديق المستودع مع اليمين في تعيين المصير
 ٥٦ فيها لومات المودع

العارية

- ٥٧ أركان العارية : العقد
 ٥٨ المعير
 ٥٩ المستعير
 ٥٩ المستعار
 ٦٠ اباحة المنة

فروع

- ٦٢ أ: لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم
 ٦٢ ب: لو قال: أعزتك حملي لتعبرني فرسك
 ٦٥ ج: لو أذن الولي لمصير في الأمانة
 ٦٦ د: جوار استعارة المحل للمصراة
 ٦٦ الأحكام المتعلقة بالعارية. الرجوع
 ٧٧ : الضمان
 ٨٦ : التسلط على الانتفاع
 ٩٠ : التنازع

فروع:

- ٩٣ أ: ولد العارية المضمومة غير مضمون
 ٩٣ ب: مؤنة الرد على المستعير

- ج: لو رد الى من جرت العادة بقبضه ٩٤
 د: لو أعار المستعير ٩٤
 هـ: فيها لو أذن المالك في الإجارة أو الرهن ٩٥

اللقطة

- الملقوط اما انسان أو حيوان أو غيرهما ٩٧
 فيها لو أودحم ملتقطان ٩٨
 فيها لو تداعى اثنان سوة الملتقط ١٠١
 فيها لو كان اللقيط مملوكاً ١٠٤
 عدم صحة التقاط العمد والصبي والمجنون ١٠٦
 عدم صحة التقاط الكافر والماسق ١٠٨
 ثبوت الولاية للمبذر والبذوي وسنهي السر ١٠٩
 وجوب الحضانة على الملتقط ١١٠
 هبة اللقطاء ١١١

أحكام اللقطة

- حكم لحوق الملتقط بسبب الملتقط ١١٨
 حصول الإسلام بالتبعية . اسلام أحد الأيوين ١١٩
 : تبعية السبي المسلم ١٢١
 تبعية الدار ١٢٢
 حكم اللقيط في دار الحرب ١٢٣
 أحكام الجباية على اللقيط ١٢٤
 الأصل في اللقيط الحرية، وما يترتب عليها من أحكام ١٢٦
 حكم اقرار اللقيط بالمبودية لو الحرية ١٣١
 حكم الولاية على اللقيط بعد بلوغه ١٣٥

أحكام الحيوان الضال:

- جواز التقاط الحيوان على كراهية ١٤٥

- ١٣٧ عدم جواز أخذ البعير إن كان صحيحاً أو في كلاً وماء
 كيفية براءة ذمة ملتقط الحيوان
 ١٣٧
 ١٣٨ حكم البعير إن كان في غير كلاً ولا ماء
 ١٣٩ حكم الشاة الصالة وصغار الأبل والبقر
 ١٤١ حكم الغزلان
 ١٤٢ عدم جواز أخذ شيء من الصوال في العمران
 ١٤٤ فيها إذا لم يجد الأحاد للضالة سلطاناً يتفق عليها



- لقطة الأموال :
 تعريف الالتقاط وحكمه
 ١٤٦
 حكم لقطة الحرم
 ١٤٧
 استحباب الأشهاد على اللقطة
 ١٤٧
 حصول الالتقاط بالأخذ لا بالترويض
 ١٤٨
 ما يشترط توفره في الملتقط
 ١٥٠
 وجوب حفظ اللقطة على الملتقط أو المحاكم
 ١٥١
 حكم لقطة الضل والمجنون
 ١٥٢
 حكم لقطة العبد
 ١٥٤
 تعريف اللقطة
 ١٥٦
 حكم التعريف وحدوده
 ١٦٠
 حكم أجر التعريف
 ١٦٢
 ما يجب ذكره في التعريف
 ١٦٣
 المكان الذي يجب التعريف فيه
 ١٦٤
 اللقطة التي لا بقاء لها
 ١٦٥
 لها لو افتقر بقاء اللقطة إلى العلاج
 ١٦٦
 فيها يتعلق بضمين العين الملتقطة
 ١٦٧
 فيها يحصل به تملك العين الملتقطة
 ١٦٩
 حكم ما يوجد في المفاوز أو القرية
 ١٧٥

- ١٧٨ الموجود في جوف السمكة
 ١٨٠ فيما لو دفع الملتقط اللقطة الى الحاكم
 ١٨٢ فيما لو مات الملتقط
 ١٨٤ وجوب رد اللقطة لصاحبها مع قيام اليقة
 ١٨٧ حكم الزيادة المنصلة والمتصلة في الحول

الجمالة

- ١٨٩ صيغة الجمالة وما يتعلق بها من احكام
 ١٩١ ما يشترط توفره في اجاعل
 ١٩٢ ما تصبح الجمالة عليه
 ١٩٣ ما يشترط توفره في الجعل
 ١٩٤ حكم الجمالة الخوار من الطرفين
 ١٩٦ استحقاق العامل الجعل بالتسليم
 ١٩٨ حكم الجعل غير المعين
 ١٩٩ فيما لو جعل العمل للواجد مصدر عن جماعة
 ٢٠٢ الاختلاف في قدر الجعل أو جنسه

كتاب الغصب ونواحيه

الغصب

- ٢٠٦ موجبات الضمان: التفويت بالمباشرة
 ٢٠٧ : التسيب
 ٢٠٨ : اثبات اليد وما يتعلق به من احكام
 ٢٣٧ احكام ضمان الحيوان
 ٢٤٣ احكام ضمان غير الحيوان
 ٢٤٧ حكم اتلاف الملامى
 ٢٤٨ فيما لو تعددت منافع العبد المجنى عليه
 ٢٤٨ حكم منعة البضع

٢٤٩	فيما لو نقصت قيمة العبد المعصوب
٢٥٢	الاحتمالات الواردة فيما لو تلف المثل في يد العاصب فلم يغرمه حتى فقد
٢٥٨	حكم اتلاف أية الذهب
٢٥٩	فيما لو انحطت الغاصب من السهم الشريح
٢٦١	فيما لو أبق العبد من يد الغاصب
٢٦٢	فيما لو تعرض العاصب والمعصوب منه في عيب يؤثر في لقيمة

أحكام التقصان .

٢٦٤	فيما لو تغير سعر العين المعصومة مع بقاء العبد
٢٦٥	حكم زيادة العين المعصومة بعد تنهها
٢٦٦	لو خير الغاصب شكل العين المعطوبة مع بقاء العبد
٢٦٩	لو عصب شينين ينقصهما التعريق
٢٧١	وجوب رد العين المعصومة مع بقاءها
٢٧٣	حكم التناهي المتصل والمتصل في العين المعصومة
٢٧٤	لو جنى العبد المعصوب قتل قصاصاً
٢٧٦	لو عصب العبد المرتد أو السارق فقتل أو قطع
٢٧٨	لو ارتد العبد المعصوب في يد خاصه
٢٨١	لو كان العبد ودبة محمي بالمستوع
٢٨٣	لو جنى العبد المعصوب على سيده
٢٨٤	اختصاص العبد المعصوب
٢٨٦	لو مثل العاصب بالعبد
٢٨٨	لو عصب شاباً بقتل شيخاً
٢٨٩	لو نقصت الأرض المعصومة
٢٩٠	لو حفر بئراً في الأرض المعصومة
٢٩١	لو عصب عصباً فقتل خيراً
٢٩٢	لو عصب خيراً فقتلت في يده

أحكام الزيادة

- ٢٩٤ لو غصب حنطة فطحها أو ثوباً فغاطه
 ٢٩٤ لو صاغ النقرة حلية
 ٢٩٦ لو صبغ الثوب المغصوب
 ٣٠٢ لو مزج العين المغصوبة بأخرى
 ٣٠٣ لو رقع باللوح المغصوب سفينة
 ٣٠٤ لو غاط الثوب بالخيط المغصوبة
 ٣٠٦ لو أدخل نصيلاً في بيته وعسر إخراج



تعريفات الغاصب

- ٣٠٩ لو وطأ الغاصب الجارية المغصوبة
 ٣١٦ لو باع الغاصب الجارية المغصوبة فوطأها المشتري
 ٣٢٢ لو غصب فعلاً فأنزاه على الأتني
 ٣٢٣ عدم ملكية المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد
 ٣٢٥ لو اشترى شخص من الغاصب العين المغصوبة
 ٣٢٧ لو زرع الأرض المغصوبة أو غرسها
 ٣٢٩ لو غصب داراً فنقضها
 ٣٣١ لو ألحق بالمال المغصوب

في التنازع

- ٣٣٥ لو اختلفا في تلف المغصوب
 ٣٣٦ لو تنازعا في القيمة
 ٣٣٧ لو ادعا الغاصب عيباً تنقص به القيمة
 ٣٣٨ لو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها

الشفعة

- ٣٤٢ تعريف الشفعة

المحل :

- ٣٤٣ حصول الشفعة في كل عقال مشترك بين اثنين قابل للقسمة
 ٣٤٥ حكم الشفعة في الدولاب
 ٣٤٦ ذكر بعض الأعيان التي لا تحصل الشفعة بها
 ٣٥٧ لو ضُمن ما فيه الشفعة إلى ما لا شفعة فيه
 ٣٥٨ حكم الشفعة فيما لو كان الشريك موقوفاً عليه
 ٣٥٩ حكم الشفعة فيما لو باع بخيار



الأخذ والمأخوذ منه :

- ٣٦٢ تحديد صفات الأخذ
 ٣٦٣ من لا تثبت الشفعة له
 ٣٦٥ ثبوت الشفعة للأب والوصي والوكيل
 ٣٦٨ ثبوت الشفعة للمكاتب والسفيه والمكاتب
 ٣٧٠ تحديد صفات المأخوذ منه
 ٣٧١ عدم بطلان الشفعة فيما لو باع المكاتب شقصاً بهال الكتابة
 ٣٧٥ حكم الشفعة بالنسبة للمفلس والغرماء

فروع على ثبوت الشفعة

كيفية الأخذ :

- ٣٩٦ الأخذ بالفعل أو بالقول
 ٣٩٩ وجوب علم الشفيع بالثمن والمثمن
 ٣٩٩ وجوب تسليم الثمن أولاً
 ٤٠٠ وجوب الطلب على القور
 ٤٠٤ وجوب الأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد
 ٤٠٨ لومات الشفيع حل الثمن عليه دون الشفيع
 ٤١١ حكم تصرف المشتري قبل الأخذ

٤١٤	حكم تقابل المتبايعان بعد ثبوت الشفعة
٤١٧	حكم الإقالة بين الشفيع والبائع
٤١٩	حكم الانقاص
٤٢١	تصرفات المشتري في الشقص المشفوع
٤٢٩	لو ظهر استحقاق الثمن
٤٣١	لو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن
٤٣٤	لو تلف الثمن المعين قبل قبضه
٤٣٥	لو ظهر عيب في الشقص

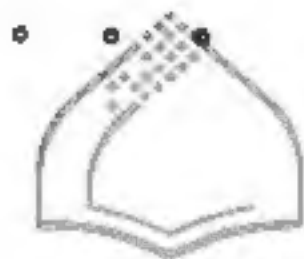
مسقطات الشفعة :

٤٣٧	سقوط الشفعة بكل ما بعد تفصيلاً أو توانياً في الطلب
٤٤٠	اسقاط الشفعة قبل البيع
٤٤٣	جواز الحيلة على اسقاط الشفعة
٤٤٥	سقوط الشفعة ببيع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة
٤٤٦	لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه بثبوت الشفعة له
٤٤٧	ثبوت الشفعة للورثة
٤٥٣	حكم الشفعة إن كان المشتري مرتداً
٤٥٤	حكم الشفعة فيما لو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه

أحكام التنازع :

٤٦٠	لو اختلف الشفيع والمشتري في الثمن
٤٦٢	حكم شهادة البائع لأحدهما
٤٦٣	اختلاف المتبايعين في الثمن
٤٦٥	اختلاف الشفيع والمشتري في العوض
٤٦٨	في دعوى تأخر الشراء
٤٧٢	لو ادعى الشريك الأبداع
٤٧٦	مطالبة مدعى الشفعة بتحرير الدعوى

- ١٨١ لو انكر المشتري ملكية الشفيع
 ١٨٢ لو ادعى كل من الشريكين سبق في الشراء
 ١٨٤ لو اختلف المتبايعان في الثمن
 ١٨٧ احكام عفو الورثة عن الشفعة
 ١٩١ لو ادعى المتبايعان غصبية الثمن المعين



مركز تحقيق كالمبيوتر علوم اسلامي